This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

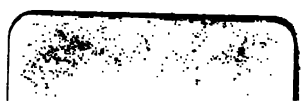
Über Google Buchsuche

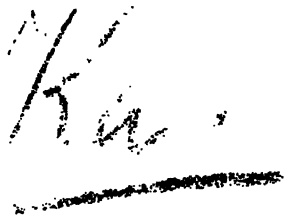
Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

Roman
500
S267c

L. Rm. A 12 e. 11/6

Roman
500
S267c





System

des

heutigen Römischen Rechts

von

Friedrich Carl von Savigny.

Sechster Band.

Erste Abtheilung.

Mit K. Bairischen und K. Würtembergischen Privilegien.

Berlin.

Bei Veit und Comp.

1846.

BODL LSR
31 MAR 1972
OXFORD

Vorrede.

Die lange Unterbrechung des vorliegenden Werkes ist nicht durch verminderte Neigung zu dieser Arbeit, sondern allein durch die Menge unabweislicher anderer Arbeiten bewirkt worden. Um dieses durch die That zu bewähren, die mehr als eine bloße Versicherung Eindruck zu machen geeignet ist, habe ich es für besser gehalten, den einzelnen Abschnitt des sechsten Bandes, zu dessen Ausarbeitung sich gerade die nöthige Zeit gewinnen ließ, abgesondert erscheinen zu lassen, als die Vollendung des ganzen Bandes abzuwarten. Es wird jedoch durch fortlaufende Seitenzahlen in der zweiten Abtheilung (welche die Lehre vom Urtheil enthalten soll) dafür gesorgt werden, daß der sechste Band auch in der

äußeren Erscheinung mit den vorhergehenden Bänden gleichförmig werde.

Den bisher erschienenen Theilen dieser Arbeit ist von manchen Seiten der nicht unerwartete Vorwurf gemacht worden, daß der als eine Darstellung des heutigen Rechts bezeichnete Plan des Werkes durch unverhältnißmäßige Einmischung historischer Untersuchungen oft verlassen und gestört werde. Diesem Vorwurf wird ohne Zweifel auch der gegenwärtige Abschnitt nicht entgehen. Zwar ist der Gegenstand desselben so practisch, als irgend ein Stück unsres Rechtssystems; allein die vorliegende Behandlung desselben hat sich allerdings von ausführlichen historischen Untersuchungen nicht frei halten können. Auch werden diese Untersuchungen besonders dadurch bei Manchen Anstoß erregen, daß sie großentheils in dem letzten Ziel mit den Ansichten Anderer übereinstimmen, und nur den Weg, auf welchem Diese zu dem gemeinsamen Ziel gelangen wollen, als irrig darzustellen suchen. Ein Verfahren solcher Art wird von nicht Wenigen als unpractisch angesehen.

Indessen kann ich mich, auch bei sorgfältigem Rückblick auf den jetzt beendigten Abschnitt, nicht

überzeugen, daß derselbe irgend etwas enthalte, das nicht nothwendig wäre, um über den hier behandelten Gegenstand zu wirklicher Einsicht und Überzeugung zu gelangen. Ich weiß in der That hierüber Nichts zu dem hinzuzufügen, welches schon in der Vorrede des ersten Bandes (S. XXXII. fg.) gesagt worden ist. So werden also auch ferner verschiedene Meinungen über das in dieser Arbeit eingehaltene richtige Maaß kaum zu vermeiden seyn.

Geschrieben im October 1846.

Inhalt

der ersten Abtheilung des sechsten Bandes.

Zweites Buch. Die Rechtsverhältnisse.

Viertes Kapitel. Verletzung der Rechte. Seite

§. 256. Litis Contestation. Einleitung 1
§. 257. Wesen der Litis Contestation. — I. Römisches Recht 8
§. 258. Wesen der Litis Contestation. — I. Römisches Recht. (Fortsetzung.) 23
§. 259. Wesen der Litis Contestation. — II. Canonisches Recht und Reichsgesetze 36
§. 260. Wirkung der Litis Contestation. — Einleitung .. 48
§. 261. Wirkung der Litis Contestation. — I. Verurtheilung selbst gesichert 54
§. 262. Wirkung der Litis Contestation. — I. Verurtheilung selbst gesichert. (Fortsetzung.) 63
§. 263. Wirkung der Litis Contestation. — I. Verurtheilung selbst gesichert. (Fortsetzung.) 73
§. 264. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. Einleitung 78
§. 265. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen 101
§. 266. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Forts.) 106
§. 267. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Versäumte Früchte.) 113

Seite

§. 268. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinsen.) 121

§. 269. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinsen. Fortsetzung.) 133

§. 270. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinsen. Fortsetzung.) 138

§. 271. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinsen. Fortsetzung.) 148

§. 272. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen... 164

§. 273. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Fortsetzung.) 170

§. 274. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Fortsetzung.) 183

§. 275. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen (Zeitpunkt der Schätzung.) 198

§. 276. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Zeitpunkt der Schätzung. L. 3 de cond. tritic.) 216

§. 277. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Preisveränderung.) 227

§. 278. Stellung der Litis Contestation und ihrer Folgen im heutigen Recht 237

§. 279. Stellung der Litis Contestation und ihrer Folgen im heutigen Recht. (Fortsetzung.) 246

§. 256.

Litiscontestation. Einleitung.

Winckler Discrimen inter litis contestationem jure veteri ac hodierno (Opuscula minora Vol. I. Lips. 1792. 8. p. 293—370).

Keller über Litiscontestation und Urtheil. Zürich. 1827. 8.

Bethmann-Hollweg in: Mohl und Schrader Zeitschrift für Rechtswiss. B. 5 Stuttg. 1829 S. 65—97 (Rec. des Buchs von Keller).

Wächter Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrechte. Heft 2 und 3. Stuttgart 1846. 8.

Die Aufgabe des Actionenrechts, in dessen Mitte unsere Untersuchung sich gegenwärtig befindet, wurde oben (§ 204) dahin bestimmt: die Veränderungen festzustellen, welche in einem Rechte durch die Verletzung desselben, so wie durch die zur Bekämpfung der Verletzung dienenden Anstalten, entstehen.

Der gesammte Zustand, in welchen diese Veränderungen fallen und aus welchem sie entspringen, ist also hier zunächst als ein Zustand der Rechtsverletzung aufgefaßt

worden. Dieſe Auffaſſung iſt auch an ſich ganz richtig, ja unentbehrlich; ſie muß aber jetzt noch durch eine andere ergänzt werden, wenn eine vollſtändige Einſicht in die verſchiedenen Seiten, die dieſer Gegenſtand darbietet, erlangt werden ſoll.

Nur in den ſeltenſten Fällen nämlich iſt die Rechtsverletzung eine anerkannte und zugeſtandene, bei welcher es nur darauf ankommen kann, dem rechtswidrigen Willen durch höhere Gewalt entgegen zu treten. Vielmehr wird dieſelbe faſt immer von der einen Seite behauptet, von der andern beſtritten werden, ſo daß dann das ganze Verhältniß zunächſt die Geſtalt eines *Rechtsſtreits* annimmt, deſſen Entſcheidung vorhergehen muß, ehe eine Rechtsverletzung angenommen und ausgeglichen werden kann. Der Rechtsſtreit nun läßt ſich ſtets in gegenſätzliche Behauptungen der ſtreitenden Parteien, als in ſeine Elemente, auflöſen, und dieſe Behauptungen, in ſofern ſie eine ſelbſtſtändige Natur an ſich tragen, ſind unter dem Namen der Klagen, Exceptionen, Replicationen und Duplicationen, in dem vorhergehenden Bande dieſes Werks abgehandelt worden. Auf ſie bezog ſich die *erſte Klaſſe* möglicher Veränderungen der Rechte, welche aus der bloßen Rechtsverletzung (oder dem Rechtsſtreit) für ſich allein hervorgehen (§ 204). Unſere Unterſuchung wendet ſich nunmehr zu der *zweiten Klaſſe* ſolcher Veränderungen, welche nicht aus dem Rechtsſtreit allein, ſondern aus den in denſelben eingreifenden *Prozeßhandlungen* entſpringen.

Unter diesen Prozeßhandlungen tritt uns zunächst das **Urtheil** entgegen, durch welches jeder Rechtsstreit zur Entscheidung, also die angebliche Rechtsverletzung entweder zur Verneinung, oder zur Anerkennung und Ausgleichung, gebracht werden muß. Die Frage, ob und wie das Urtheil in den Inhalt und Umfang der Rechte selbst verändernd einwirken kann, ist in der That unabweislich, ja sie ist unter allen, die hier aufgeworfen werden können, die wichtigste; aber ausreichend ist diese Frage nicht.

Sie würde nur dann als ausreichend gelten können, wenn es möglich wäre, jeden Rechtsstreit, sobald er vor den Richter gebracht wird, unmittelbar durch das Urtheil zu beendigen. Dieses ist jedoch nur in den seltensten Fällen möglich. Fast immer ist Zeit, und oft sehr lange Zeit, nöthig, damit ein unabänderliches Urtheil mit sicherer Überzeugung gesprochen werden könne. Gerade in dieser Zeit aber können wichtige Umwandlungen in dem streitigen Rechtsverhältniß eintreten, und wenn dieses geschieht, wird oft das am Ende ausgesprochene, die Rechtsverletzung anerkennende, Urtheil, die Ausgleichung gar nicht, oder nur unvollständig gewähren, wozu doch die Rechtspflege bestimmt ist.

Wenngleich nun diese Verzögerung des Urtheils nebst ihren nachtheiligen Folgen mit der Ausübung des Richteramts unzertrennlich verbunden, also unvermeidlich ist, so müssen wir sie dennoch als ein Übel anerkennen, welches durch künstliche Anstalten auszugleichen unsre Aufgabe ist.

Der Grund des erwähnten nothwendigen Übels liegt darin, daß der Anfang und das Ende des Rechtsstreits (Klage und Urtheil) nicht gleichzeitig sind, daß sie vielmehr durch einen Zeitraum getrennt werden, in welchem für das Rechtsverhältniß Umwandlungen eintreten können. Die Ausgleichung des Übels wird darin bestehen müssen, daß das Urtheil sich nicht darauf beschränkt, über das ursprünglich vorhandene Recht zu entscheiden, sondern zugleich die Folgen dieser Umwandlungen auszutilgen sucht.

Die allgemeine Richtung, welche dieser Theil der richterlichen Entscheidung zu befolgen hat, läßt sich in folgender Formel ausdrücken:

> Es ist derjenige Zustand künstlich hervorzubringen, welcher natürlich vorhanden seyn würde, wenn es möglich gewesen wäre, das Urtheil im Anfang des Rechtsstreits auszusprechen.

Jedoch ist gleich hier wohl zu beachten, daß diese Formel blos die durch die Natur der Aufgabe gegebene allgemeine Richtung der Lösung ausdrücken soll, und daß eine unbedingte, auf dem Wege einer bloßen logischen Folgerung zu vermittelnde, Anwendung derselben keineswegs gemeint seyn kann.

Zur vollständigen Lösung der hier gestellten Aufgabe kommt es zunächst darauf an, den *Anfang* des Rechtsstreits festzustellen, indem nur dadurch der Zeitraum genau begränzt werden kann, in welchem die durch das Urtheil auszutilgenden Umwandlungen eingetreten seyn müssen.

Das Römische Recht setzt diesen Anfang in die Litiscontestation. Diese werden wir als die Prozeßhandlung aufzufassen haben, welche zunächst als Anfangspunkt des Rechtsstreits, zugleich aber auch (welches nur eine ergänzende Auffassung ist) als Entstehungsgrund der besonderen Rechtsansprüche anzusehen ist, die durch den oben angedeuteten Theil des Urtheils ihre Befriedigung erhalten sollen.

Vor allem ist nun das Wesen der Litiscontestation festzustellen. Diese Untersuchung wird dadurch nicht wenig erschwert, daß schon bei den Römern diese Prozeßhandlung wichtige Umbildungen erfahren hat. Noch stärker waren diese in der Gesetzgebung und Praxis neuerer Zeiten. Dennoch ist zu allen Zeiten, und selbst bei den neuesten Schriftstellern, der Begriff und der Name jenes Rechtsinstituts festgehalten worden, wenngleich über die nähere Bestimmung des Begriffs die Ansichten oft sehr aus einander gehen.

Hieran muß sich dann der größere und wichtigere Theil unserer Untersuchung anknüpfen, welcher die Wirkungen der Litiscontestation zum Gegenstand hat. Die Aufgabe des richterlichen Urtheils, welche oben nur in einer allgemeinen Formel vorläufig angedeutet war, ist in ihre Elemente zu zerlegen, wodurch allein die Einsicht gewonnen werden kann, welche Bestimmungen in das Urtheil aufgenommen werden müssen, um die nachtheiligen Folgen der unvermeidlichen Dauer des Rechtsstreits zu absorbiren.

Wenn nun ſo eben behauptet worden iſt, daß der Begriff der Litisconteſtation von allen, ſelbſt den neueſten, Schriftſtellern feſtgehalten und nur auf verſchiedene Weiſe beſtimmt worden ſey, ſo iſt davon noch ganz unabhängig die Frage, ob auch noch im heutigen gemeinen Recht die darzuſtellenden einzelnen Wirkungen an die Litisconteſtation angeknüpft ſind. Es läßt ſich nämlich ſehr wohl die Behauptung denken, es ſey zwar ein beſtimmter, auf der nachzuweiſenden Entwicklung des Römiſchen Rechts beruhender, Begriff der Litisconteſtation auch für uns vorhanden; allein die Wirkungen, die das Römiſche Recht an die Litisconteſtation knüpft, ſeyen in dem heutigen Recht, alle oder zum Theil, auf eine andere Prozeßhandlung übergegangen. Nach dieſer möglichen Behauptung wäre mithin ein anderer Zeitpunkt für den Anfang des Rechtsſtreits anzunehmen, ſey es allgemein, oder wenigſtens in Beziehung auf einzelne Wirkungen die das Römiſche Recht an die Litisconteſtation anknüpft.

Da die Unterſuchung dieſer höchſt wichtigen Frage mit den einzelnen Wirkungen in Verbindung ſteht, ſo kann dieſelbe auf befriedigende Weiſe erſt am Schluß der ganzen Lehre von der Litisconteſtation unternommen werden (a).

(a) Eigentlich kommt dieſe Frage in zwei verſchiedenen Geſtalten vor, deren Prüfung an zwei verſchiedenen Orten unternommen werden mußte. Erſtlich iſt von vielen behauptet worden, ſchon im R. R., und zwar ſelbſt von Hadrian an, ſeyen die Wirkungen der L. C. auf einen früheren Zeitpunkt des Rechtsſtreits zurück verlegt worden. Davon mußte, des Zuſammenhangs wegen, im § 264 gehandelt wer-

Der Zweck des ganzen Rechtsinstituts, dessen Darstellung uns gegenwärtig beschäftigt, geht auf Beseitigung des nothwendigen Übels, welches in der Dauer des Rechtsstreits liegt, und zwar soll hier dieser Zweck erreicht werden durch ausgleichende Bestimmungen in dem Urtheil über den Rechtsstreit. Es macht daher dieses Institut einen wesentlichen Theil des materiellen Rechts, und zwar des Actionenrechts (§ 204) aus, und kann in unsrem System nur hier seine Stelle finden.

Allein den angegebenen praktischen Zweck haben mit ihm gar manche andere Rechtsinstitute gemein, über welche in dieser Beziehung hier eine allgemeine Uebersicht nicht an unrechter Stelle seyn wird.

Dahin gehören zuerst alle Maaßregeln, die auf Abkürzung und Beschleunigung der Prozesse hinwirken sollen. So enthielt das ältere Römische Recht die stark eingreifende Regel, daß jeder Prozeß verloren seyn solle, wenn nicht in einer sehr mäßigen Zeit das Urtheil erfolge (b); dadurch wurde der Kläger zur eifrigen Betreibung der Sache aufgefordert. Das neueste Recht hat diese Vorschrift ganz aufgegeben.

Ferner kann jede gerechte Entscheidung, und so auch

den. Zweitens wird eine Veränderung dieser Art für das heutige Recht behauptet; davon wird am Schluß gehandelt (§ 278. 279).

(b) Gajus IV. § 104. 105. Ein legitimum judicium sollte aufhören mit dem Ablauf von Achtzehn Monaten; ein judicium quod imperio continetur mit dem Ende der Magistratur, von welcher der Judex bestellt war. Eine Erneuerung derselben Klage war unmöglich, weil sie in judicium deducirt, also consumirt war.

der Vortheil, der von dem Inſtitut der Litisconteſtation mit ihren Wirkungen erwartet wird, auf faktiſche Weiſe ganz oder theilweiſe vereitelt werden, indem nämlich eine Sache zerſtört oder veräußert, oder indem das Vermögen eines Schuldners erſchöpft wird. Dieſe Gefahren abzuwenden oder zu vermindern, dienen zuerſt manche wichtige Prozeßinſtitute, wie die Prozeßcautionen, Arreſte und Sequeſtrationen, die missio in possessionem. Außerdem dienten zu demſelben Zweck manche Inſtitute des materiellen Rechts: ſo die Geſetze gegen die Veräußerung des Eigenthums und die Ceſſion von Schuldforderungen, ſobald eines dieſer Rechte Gegenſtand eines Rechtsſtreits geworden war (res litigiosa, actio litigiosa).

Wollte man dieſe Rechtsinſtitute wegen des übereinſtimmenden praktiſchen Zweckes, neben der Litisconteſtation abhandeln, ſo würde daraus nur Verwirrung hervorgehen können. Die meiſten derſelben können nur in dem Zuſammenhang des Prozeßrechts ihre rechte Stelle finden; und auch diejenigen, welche in der That dem materiellen Rechte angehören (wie das litigiosum), ſind doch nicht hier, ſondern in Verbindung mit der Lehre vom Eigenthum oder der Ceſſion, abzuhandeln.

§. 257.

Weſen der Litis Conteſtation. — I. R. R.

Der Standpunkt, den wir in dieſer Unterſuchung zu nehmen haben, um zu einer befriedigenden Einſicht in den

Inhalt unſrer Rechtsquellen zu gelangen, iſt das Zeitalter des Formularprozeſſes, oder der vorherrſchenden ordinaria judicia. Das Recht der früheren Zeit kann dabei nicht mehr in Betracht kommen. Dagegen iſt allerdings eine beſondere Rückſicht nöthig auf die Behandlung dieſes Gegenſtandes in dem extraordinarium judicium, welches ſchon frühe als Ausnahme in dem Zeitalter des Formularprozeſſes vorkam. Die Feſtſtellung dieſes exceptionellen Zuſtandes wird dann den Uebergang bilden zu dem ſpäteren R. R., in welchem der ordo judiciorum völlig verſchwindet, alſo die frühere Ausnahme als einzige Regel erſcheint.

Ich will damit anfangen, den Rechtszuſtand, der in den Stellen der alten Juriſten ſtets vorausgeſetzt werden muß, im Zuſammenhang darzuſtellen, und dann erſt die Rechtfertigung der einzelnen Sätze hinzufügen.

Die Litisconteſtation iſt (zu jener Zeit) eine Verhandlung der ſtreitenden Parteien vor dem Prätor, worin beide den Streit durch gegenſeitige Erklärungen dergeſtalt feſtſtellen, daß derſelbe zum Uebergang an den Juder reif wird. Dieſe Verhandlung iſt der letzte Akt des Jus, das heißt des vor dem Prätor vorgehenden Theils des Prozeſſes; ſie iſt gleichzeitig mit der von dem Prätor ertheilten formula (a), ſetzt alſo die Ernennung des Juder voraus, da deſſen Perſon in der formula bezeichnet wird.

(a) Wenn es blos darauf ankam, den Zeitpunkt zu bezeichnen, von welchem an gewiſſe Wirkungen im Prozeß eintreten ſollten, ſo

Da jene Verhandlung dazu beſtimmt war, den Streit vollſtändig feſtzuſtellen, ſo durfte ſie ſich nicht auf eine bloße Erklärung über die Thatſachen beſchränken, ſie mußte vielmehr auch die Exceptionen, Replicationen und Duplicationen umfaſſen, alſo den ganzen Inhalt der formula in ſich aufnehmen, ſo daß die formula unmittelbar aus der Verhandlung entnommen werden konnte (b).

Der Name der L. C. iſt von einem einzelnen Beſtandtheil der ganzen Handlung hergenommen. Beide Parteien riefen dabei gemeinſchaftlich Zeugen auf, mit dem Ausdruck: testes estote. — Dieſe Zeugen nun dürfen durchaus nicht als die Beweiszeugen gedacht werden, nach deren Ausſage künftig der Juder entſcheiden ſollte; ſolche kommen in vielen Prozeſſen überhaupt nicht vor, und in keinem Fall war jetzt ſchon die Zeit zu ihrer Vernehmung, alſo auch kein Bedürfniß zu ihrer Vorführung, gekommen. Vielmehr ſollten die Zeugen, die bei der L. C. erwähnt werden, den Inhalt der gegenwärtigen Verhandlung anhören und künftig, wenn darüber Zweifel entſtände, be-

konnte man eben ſowohl die formula concepta, als die L. C., angeben, oder auch mit beiden Ausdrücken abwechſeln. Daß dieſes nicht geſchehen, ſondern ſtets nur die L. C. genannt worden iſt, erklärt ſich aus ihrer Vertragsnatur (§ 258), von welcher ſogleich die Rede ſein wird.

(b) Auf dieſen erſchöpfenden Inhalt der L. C darf jedoch nicht allzu großes Gewicht gelegt werden, da er in der That nur für die ſtrengen Klagen als allgemein durchgeführt angeſehen werden kann. In den freyen Klagen konnte ſich der Beklagte vorläufig mit einem allgemeinen Widerſpruch begnügen, und dennoch vor dem Juder Exceptionen geltend machen. (B. 5 S. 466).

zeugen; sie sollten als lebendiges Protokoll dienen. Dazu konnte allerdings eher in dem blos mündlichen Prozeß der alten legis actiones ein Bedürfniß wahrgenommen werden, als neben der schriftlich abgefaßten formula (c). Dennoch kann sich auch neben dem Formularprozeß diese Handlung, wie so vieles Andere, als formelle Erinnerung an einen älteren reellen Gebrauch erhalten haben; in jedem Fall aber konnte sich der Name erhalten, nachdem man längst aufgehört hatte, auch nur zum Schein Zeugen aufzurufen.

Die Hauptstelle über das hier behauptete Wesen der L. C. findet sich bei Festus (im Auszug des P. Diaconus) unter dem Wort Contestari, und lautet also:

> Contestari est, cum uterque reus dicit: *Testes estote.* Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: *Testes estote.*

Hier wird der Ausdruck: *con*testari daraus erklärt, daß mehrere Personen gemeinschaftlich die Zeugen anrufen (d), und es wird in Anwendung auf den Prozeß (also auf die *litis* contestatio) ausdrücklich bemerkt, daß beide Parteien diese Handlung vornahmen. Es wird hinzugefügt, die Handlung sey geschehen ordinato judicio, d. h. also auch nachdem eine bestimmte Person zum Judex ernannt war, indem diese Ernennung wesentlich zur An-

(c) Keller § 1.

(d) Eben so wie compromissa pecunia, weil beide Parteyen eine Strafe versprechen für den Fall des Ungehorsams gegen den Schiedsrichter.

ordnung des Judicium gehörte (e). Der Eingang aber, in Verbindung mit dem nachfolgenden Haupttheil der Stelle, deutet an, daß dieſe Handlung mit der angegebenen Benennung auch zu anderen Zwecken vorgekommen ſey (f), wodurch alſo die *litis* contestatio nur als einer unter mehreren Fällen einer ſolchen feyerlichen Handlung bezeichnet wird.

Obgleich nun Feſtus den Ausdruck litem contestari auf beide Parteien gleichmäßig bezieht, ſo geht doch der weit überwiegende Sprachgebrauch dahin, die Handlung des Klägers mit litem contestari, die des Beklagten mit judicium accipere oder suscipere zu bezeichnen (g).

Contestari iſt übrigens ein Deponens, ſo daß nach der grammatiſchen Regel eigentlich nur von der Partei geſagt

e) So wird auch anderwärts ordinatum judicium, ordinata lis oder causa gleichbedeutend gebraucht mit litis contestatio. *L.* 24 *pr.* § 1. 2. 3, *L.* 25 § 2 *de lib. causa* (40. 12). — Ebenſo wird der Zeitpunkt der L. C. bezeichnet mit den Worten: statim atque *judex factus est*. *L.* 25 § 8 *de aedil. ed.* (21. 1). Nämlich die Ernennung des Juder, die L. C., und die Conception der Formel, ſind fortlaufende Theile deſſelben Prozeßaktes und liegen der Zeit nach nicht aus einander, ſo daß man das Eine wie das Andere als Bezeichnung eines und deſſelben Zeitpunktes gebrauchen kann.

(f) So bei dem Teſtament die suprema contestatio. *L.* 20 § 8 *qui test.* (28. 1) — Bei Ulpian. XX. 9 heißt es dafür testatio, gleichbedeutend mit nuncupatio; bei Gajus II. § 104 blos nuncupatio. — Uebrigens kommt anſtatt litis contestatio auch *judicium* contestatum vor. *L.* 7 § 1 *de her. pet.* (5. 3) *L.* 19 *sol. matr.* (24. 3); dagegen finde ich contestatio allein, ohne lis oder judicium, in dieſem Sinn nicht. Denn in *L.* 1 § 1 *C. de pet. her.* (3. 31) iſt das contestationis blos eine verweiſende Wiederholung des unmittelbar vorhergehenden Ausdrucks *litis* contestationem (ſ. u. § 271 b).

(g) Wenckler p. 298. Keller § 6.

werden dürfte: litem contestatur, litem contestatus est. Indeſſen iſt der paſſive Gebrauch des Wortes (alſo lis contestatur, lis contestata) ſo häufig, daß das Verhältniß von Regel und Ausnahme völlig verſchwindet. Aus den Digeſten dafür Beiſpiele anzuführen, würde bei der großen Zahl derſelben ganz überflüſſig ſein. Damit man aber nicht glaube, daß ſolche Beiſpiele blos hier, als Zeichen ſinkender Latinität, zu ſuchen ſeyen, muß bemerkt werden, daß derſelbe Sprachgebrauch auch ſchon in der beſten Zeit vorkommt, namentlich bei Cicero (h), bei Aufidius, einem Schüler des Servius Sulpicius (i), in der Lex Rubria de Gallia cisalpina (k), und in einer Rechtsregel, die Gajus aus den Veteres anführt (l).

Die wichtigſte und beſtrittenſte Frage bleibt bei Feſtus unentſchieden: ob nämlich die L. C. in das Jus fällt oder in das Judicium, d. h. ob ſie die letzte Handlung vor dem Prätor war, oder die erſte vor dem Juder. Beides ließe

(h) Pro Roscio Com. C. 11 und C. 12 „lis contestata". — Pro Flacco C. 11 „ab hac perenni contestataque virtute majorum."

(i) Priscian. Lib. 8 C. 4 § 18: „P. Aufidius: *si quis alio vocitatur nomine tum cum lis contestatur, atque olim vocitabatur*, contestari passive posuit." Priſcian führt es als eine grammatiſche Anomalie an. — Die Ausgaben leſen hier ganz ſinnlos: *illis* contestatur oder *his* contestatur (p. 371 ed. Krehl, p. 791 (793) ed Putsch). Die richtige Leſeart iſt hergeſtellt und mit einer vortrefflichen ſachlichen Erklärung der Stelle begleitet von Huſchke, Zeitſchrift f. geſchichtl. Rechtswiſſ. B. 10 S. 339. 340.

(k) Col. 1 lin. 48 quos inter id judicium accipietur „leisve contestabitur."

(l) Gajus III. § 180 „apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere."

ſich, nach der allgemeinen Beſtimmung der L. C., denken, und das praktiſche Reſultat würde in beiden Fällen nicht ſehr verſchieden ſeyn. Beide Meinungen haben ihre Vertheidiger gefunden, allein die erſte iſt durch ſichere Schlüſſe aus ſo vielen einzelnen Stellen begründet worden (m), daß die Frage nunmehr als völlig entſchieden betrachtet werden darf. Der vollſtändigſte Beweis dafür, daß die L. C. vor dem Prätor vollzogen wurde, ergiebt ſich aber aus folgender weiteren Betrachtung. Wenn die die L. C. vor dem Prätor vorging, ſo war es gewiß ſehr zweckmäßig, den künftigen Juder der Handlung beiwohnen zu laſſen, und ich zweifle nicht, daß dieſes geſchehen ſeyn wird, wenn der Juder zufällig gegenwärtig war, oder wenn die Parteien ihn mit ſich vor den Prätor geführt hatten. Darauf deutet nun in der That eine Stelle des Papinian, nach welcher die Gegenwart und das Bewußtſeyn des Juder bei deſſen Ernennung (addictio) nicht nöthig ſeyn ſoll (n); woraus Papinian ſchließt, auch ein Wahnſinniger könne zum Juder ernannt werden, und dieſe Ernennung ſey wirkſam, wenn er nur nachher wieder

(m) Winckler §. 3. 4. Keller § 1 — 5. — Die einzige ſcheinbare Stelle für die entgegengeſetzte Anſicht (L. un. C. de L. C.) wird unten erklärt werden.

(n) *L.* 39. *pr. de jud.* (5. 1.) „Cum furiosus judex addicitur non minus *judicium erit*, quod hodie non potest judicare .... neque enim in addicendo praesentia vel scientia judicis *necessaria* est“ Offenbar iſt hier die addictio judicis als der Zeit nach zuſammenfallend gedacht mit der L. C., dem judicium acceptum oder ordinatum, denn es wird ausdrücklich geſagt, es ſey ſchon jetzt ein wirkliches judicium vorhanden.

zu Verstand komme; ja das judicium sey für ihn von der Ernennung an wirklich vorhanden. Offenbar also nimmt Papinian an, die Ernennung des Juder, und der wirkliche Anfang seines Judicium, also das acceptum oder ordinatum judicium (d. h. die L. C.) könne in Abwesenheit des Juder Statt finden, woraus von selbst folgt, daß die L. C. nicht eine vor dem Juder vollzogene, also unter dessen Mitwirkung vorgenommene Handlung gewesen seyn kann. Ein gleich entscheidendes Zeugniß liegt in einer Stelle des Paulus. Wenn ein Provinziale als Legat nach Rom kam, so brauchte er sich daselbst in der Regel nicht verklagen zu lassen. Ausnahmsweise aber war er dennoch dazu verpflichtet, jedoch nur so, daß die L. C. in Rom (vor dem Prätor) vollzogen, das Judicium aber in der Provinz (vor einem daselbst lebenden Juder) geführt wurde (o).

Um die Veränderungen verstehen zu können, die sich im späteren R. R. mit der Form der L. C. zugetragen haben, ist es nöthig, zuvor für die Zeit des Formularprozesses die Stellung anzugeben, welche sie neben den extraordinariis judiciis einnahm.

Es leuchtet sogleich ein, daß sie in diesen nicht gedacht werden darf als eine förmliche Handlung der Parteien in

(o) *L.* 28 § 4 *de jud.* (5. 1.) „causa cognita adversus eum judicium praetor dare debet, ut lis contestetur, ita ut in provinciam transferatur."

Verbindung mit der Abfaſſung der formula, und dazu beſtimmt, den Uebergang des Rechtsſtreits an den Juder zu vermitteln; denn bei den extraordinariis judiciis kam weder ein Juder, noch eine formula vor, indem der ganze Rechtsſtreit vor dem Magiſtratus von Anfang bis zu Ende durchgeführt wurde. Da aber wegen der wichtigen praktiſchen Folgen auch hier die L. C. nicht zu entbehren war, ſo mußte man dafür einen Zeitpunkt aufſuchen, welcher mit dem Zeitpunkt der förmlichen L. C. im ordentlichen Prozeß am meiſten Analogie hatte. Es konnte nun kein Zweifel ſeyn, dafür die Zeit anzunehmen, in welcher ſich die Parteien vor dem Magiſtratus über ihre gegenſeitigen Behauptungen und Anſprüche vollſtändig ausgeſprochen hatten. Dieſes war weſentlich daſſelbe wie die eigentliche L. C., und der Unterſchied lag lediglich in der äußeren Form der Handlung.

Dieſe, nach innerer Wahrſcheinlichkeit kaum zweifelhafte Annahme findet ihre Beſtätigung in folgenden Zeugniſſen, deren Erklärung zugleich dazu dienen kann, manche Zweifel und Mißverſtändniſſe unſrer Schriftſteller zu beſeitigen.

1. *L. un. C. de litis contestatione* (3. 9.) von Severus et Antoninus 203.

„Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest.

Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.“

Aus dieſer Stelle haben zuerſt Manche beweiſen wollen, die L. C. ſey nicht vor dem Prätor, ſondern vor dem Judex vollzogen worden (Note m), eine Meinung, die ſchon oben widerlegt worden iſt. Es kommt alſo darauf an, den Schein zu entfernen, der allerdings in der Stelle für dieſe Meinung enthalten iſt, indem zu der Zeit, worin dieſelbe niedergeſchrieben wurde, der Formularprozeß noch in voller Kraft beſtand.

Einige ſagen, die Kaiſer hätten die oben angegebene Natur der vor dem Magiſtratus vollzogenen L. C. bezeichnen wollen, und unter dem judex den Magiſtratus verſtanden (p). Dieſe Erklärung iſt nicht anzunehmen, denn obgleich der Ausdruck judex nicht ſelten dieſe Bedeutung hat, ſo können ihn doch unmöglich die Kaiſer, wenn ihnen das ordinarium judicium vor Augen ſtand, in dieſer anomalen Bedeutung (für den Magiſtratus) gebrauchen, wodurch ſie faſt unvermeidlich mißverſtanden werden mußten.

Andere nehmen an, die Kaiſer hätten wirklich den Magiſtratus genannt, und die Stelle habe nur durch eine durchgreifende Interpolation ihre gegenwärtige Geſtalt erhalten (q). Zu einer ſolchen Interpolation kann ich ein

(p) So die bei Keller § 5 Note 5 angeführten Schriftſteller. — Ganz unbefriedigend ſcheint mir die Erklärung von Zimmern Rechtsgeſchichte B. 3 § 119 Note 13: „Die L. C. iſt bereits eingetreten, wenn das Judicium erſt begonnen hat.“ Ein ſolcher Schluß der Stelle würde mit dem Anfang in gar keinem Zuſammenhang ſtehen.

(q) Keller § 5.

Bedürfniß nicht anerkennen, da die Stelle, wenn ſie den Magiſtratus anſtatt des Judex erwähnte, ſowohl zu dem älteren als zu dem neueren Recht paſſen würde. Auch für die ältere Zeit konnte man ſagen, die L. C. ſey vollzogen, ſobald der Prätor die Parteien über ihre Behauptungen gehört, und dadurch das Material zur Conception der Formel erlangt hatte. Hätten nun die Compilatoren in dem urſprünglichen Text der Stelle die Erwähnung des Prätors, des Proconſuls, oder des Präſes vorgefunden, ſo wäre es unbegreiflich, warum ſie dieſem den zu ihrer Zeit weniger paſſenden Judex ſubſtituirt hätten; eine Veränderung in umgekehrter Richtung wäre eher denkbar geweſen.

Die einfachſte Erklärung ſcheint mir die, nach welcher die Kaiſer von einem einzelnen Rechtsfall ſprachen, der zu den *extraordinariis* judiciis gehörte. Dann war der Ausdruck judex für magistratus ganz paſſend und keinem Mißverſtändniß ausgeſetzt; die Stelle gäbe dann ein treues Bild von der Stellung der L. C. in den Prozeſſen dieſer Klaſſe. Das Reſcript ſollte nämlich ſagen, was als Surrogat der wirklichen L. C. in denjenigen Prozeſſen gedacht werden müſſe, worin eine ſolche nicht vorkam. Zu dieſem Zweck wurden allgemeine, beſchreibende Ausdrücke gebraucht, die bei der Beſchreibung der wahren L. C. (im ordentlichen Prozeß) in dieſer Zeit gewiß nicht gebraucht worden wären, und die der Stelle den unverdienten Schein einer Interpolation geben. — Allerdings ſagt die Stelle, wie wir ſie vor uns haben, nicht, daß

von einem ſolchen Rechtsſtreit die Rede ſey; allein ſie iſt ein Reſcript, das wir gewiß nur ſehr unvollſtändig vor uns haben (r), und aus deſſen weggelaſſenem Eingang jene Vorausſetzung unzweifelhaft hervorgehen mochte. Gewiſſermaaßen nimmt auch dieſe Erklärung eine Interpolation an, aber eine ſolche, die nicht durch Veränderung des Inhalts, ſondern durch bloße Weglaſſung anderer Theile der Stelle bewirkt wurde.

2. *L.* 33 *de Obl. et Act.* (44. 7. Paulus lib. 3 Decretorum).

„Constitutionibus quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri: *quasi lite contestata cum mortuo.*“

Nach einer alten Regel ſollten Pönalklagen nicht gegen die Erben des Schuldners übergehen, außer wenn die L. C. vollzogen worden war (s). Die vorliegende Stelle nun ſpricht nicht von einer gewöhnlichen Pönalklage unter Privatperſonen, die in das jus ordinarium gehört und wobei jene Regel unmittelbar zur Anwendung kommt. Sie ſpricht vielmehr von einer fiscaliſchen Strafe, die vor den Fiscalbeamten verfolgt wird, alſo extra ordinem, ſo daß dabei kein Judex und keine eigentliche L. C. vorkam (t).

(r) Dieſe Unvollſtändigkeit erhellt unwiderſprechlich ſchon aus dem Umſtand, daß ein anderer Theil derſelben Stelle als *L.* 3 *C. de edendo* (2. 1) in den Codex aufgenommen worden iſt.

(s) S. o. B. 5 § 211 g.

(t) Dieſe Annahme wird durch die Inſcription der Stelle beſtätigt. Denn in demſelben lib. 3

Dabei mußte der Uebergang auf die Erben an eine der L. C. analoge Handlung geknüpft werden. In dieſem Sinn ſagt nun Paulus, der Uebergang auf die Erben müſſe angenommen werden, wenn nur bei dem Leben des jetzt Verſtorbenen die Klage eingeleitet war (u); denn dieſe Einleitung der Klage ſey in den extraordinariis judiciis als der Akt zu betrachten, welcher der wirklichen L. C. im ordentlichen Prozeß entſpreche (*quasi* lite contestata cum mortus) (v). — Dieſe Stelle hat von jeher großen Anſtoß erregt. Indem man das conventus zu eng, von der blos erhobenen Klage, verſtand, und die Stelle auf den ordentlichen Prozeß bezog, ſuchte man dadurch zu helfen, daß man ſie von ſolchen Fällen verſtand, in welchen die L. C. vom Verſtorbenen abſichtlich verzögert worden war, welches widerrechtliche Verfahren ihn nicht gegen den Übergang auf ſeine Erben ſchützen ſollte (w). Haloander

decretorum des Paulus kommen mehrere Stellen über Fiscal-Klagen vor dem procurator Caesaris vor.

(u) Das *conventus* fuerat darf nur nicht zu eingeſchränkt von der blos erhobenen Klage, verſtanden werden, ſo wie conventus und petitum in mehreren Digeſtenſtellen auch bei dem ordentlichen Prozeß vorkommt, wo es das convenire cum effectu, alſo die Zeit der vollzogenen L. C., bezeichnet. Eine entſcheidende Stelle für dieſe Bedeutung des conventus iſt *L.* 8 *de nox. act.* (9. 4) Eben ſo für *petitum* die *L.* 22 *de reb. cred.* (12. 1) Vergl. Wächter H. 3 S. 66. 67.

(v) Im Weſentlichen haben die richtige Erklärung: Voorda Interpr. II., 19, Wächter H. 3 S. 112.

(w) Nach mehreren Vorgängern hatte ich dieſe Erklärung angenommen, Bd. 5 § 211 g., die ich jetzt ganz aufgebe, da die Stelle durchaus keine Spur dieſer Vorausſetzung enthält. — Kierulff S. 281 betrachtet dieſe Stelle als einen Beweis, daß ſchon die Römer die Wirkungen der L. C

ſuchte auf andere Weiſe zu helfen, durch die etwas kühne Emendation: transmissam *non* videri, quasi lite contestata *eo* mortuo“ (x).

3. *L.* 20 § 6. 7. 11. *de her. pet.* (5. 3).

Das Sc. Iuventianum ſprach zunächſt von den Anſprüchen des Fiscus auf eine caduca hereditas, alſo von einem extraordinarium judicium vor den Fiscalbeamten, obgleich es allerdings auch auf den ordentlichen Prozeß unter Privatperſonen angewendet wurde (y). Für den urſprünglichen Fall dieſes Senatusconſults mußte daher ein anderer Zeitpunkt angenommen werden, welcher an die Stelle der L. C. im ordentlichen Prozeß treten konnte. Von dieſer Bemerkung wird noch unten Gebrauch gemacht werden (§ 264).

Die Stellung, welche ſo eben für die L. C. in den extraordinariis judiciis der älteren Zeit nachgewieſen worden iſt, konnte unverändert beibehalten werden, als in der ſpäteren Zeit alle Klagen überhaupt in extraordinaria judicia verwandelt wurden. Die frühere Ausnahme wurde nun zur allgemeinen Regel, ſonſt änderte ſich Nichts.

So erſcheint in der That die Sache in einer früheren Conſtitution von Juſtinian (z), welche weſentlich über-

auf die Vorladung des Beklagten übertragen hätten.“

(x) Einigen Anhalt zu dieſer Emendation giebt die vulg.: „*remissam non* videri, die jedoch dem Sinn nach ganz mit der Florentina übereinſtimmt.

(y) L. 20 § 9 *de her. pet.* (5. 3).

(z) L. 14 § 1 C. *de jud.* (3. 1).

einſtimmend mit dem oben angeführten Reſcript von Sever und Antonin, den Zeitpunkt der L. C. ſo bezeichnet:

„cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam.“

In ſpäteren Geſetzen fügte Juſtinian folgende neue Beſtimmungen hinzu.

Wenn dem Beklagten die Klage eingehändigt iſt, ſoll derſelbe nach Ablauf von Zwanzig Tagen vor dem Gericht erſcheinen, und daſelbſt die L. C. vornehmen. Jede innerhalb dieſes Zeitraums abgegebene Erklärung ſoll den Beklagten nicht binden, und nicht als L. C. angeſehen werden (aa).

Der Kläger ſoll von ſeiner Seite Caution ſtellen, daß er die L. C. nicht über Zwei Monate aufhalten wolle (bb).

Dieſe Beſtimmungen betreffen die bloße Prozeßform, und ändern das Weſen der L. C. auf keine Weiſe ab.

Wir können alſo auch noch für das neueſte Juſtinianiſche Recht den Begriff der L. C., weſentlich übereinſtimmend mit dem Begriff des älteren Rechts, dahin beſtimmen:

Sie beſteht in der vor der richterlichen Obrigkeit abgegebenen Erklärung beider Parteien über das Daſeyn und den Inhalt des Rechtsſtreits.

(aa) Nov. 53 C. 3. Nov. 82 C. 10. *Auth. Offeratur C. de L. C.* (3. 9)

(bb) Nov. 96 C. 1. Auth. *Libellum* C. *de L. C.* (3. 9)

Dabei ist aber allerdings, nach der ganzen Wendung die in dieser Zeit der Prozeß genommen hatte, der factische Unterschied anzuerkennen, daß jetzt sehr häufig, wohl in den meisten Fällen, die L. C. in dem Rechtsstreit merklich später eintreten mochte als in dem älteren Prozeß.

§. 258.

Wesen der Litis Contestation — I. R. R. (Fortsetzung.)

Bisher ist die äußerliche Natur der L. C. in Erwägung gezogen worden: die Form, der Zeitpunkt, die Bezeichnung dieser Prozeßhandlung. Ich wende mich nun zur Untersuchung ihres inneren oder juristischen Wesens, welche noch wichtiger ist als jene erste Erwägung, theils weil sie unmittelbar mit den Wirkungen zusammenhängt, theils weil sie ein bleibenderes, von dem Wechsel historischer Zustände weniger abhängiges, auch für unsere Zeit gültiges Interesse mit sich führt.

Es muß hier daran erinnert werden, daß jedes Klagrecht, ohne Unterschied des Rechts welches ihm zum Grunde liegt, die Natur einer Obligation mit sich führt (§ 205). Die L. C. nun ist als diejenige Prozeßhandlung zu denken, wodurch diese Obligation ein wirkliches Daseyn und zugleich eine bestimmte Gestalt erhält.

Auf zweierlei Weise aber greift die L. C. in das bestehende Rechtsverhältniß ein: nach der Vergangenheit und nach der Zukunft. Nach der Vergangenheit, indem die vorhandene Klage in judicium deducirt, und dadurch

conſumirt, d. h. für jede neue Verfolgung unbrauchbar gemacht wird: nach der Zukunft, indem die L. C. eine weſentliche Modification für den Inhalt des künftigen Urtheils begründet.

Die Wirkung auf die Vergangenheit, oder die Conſumtion der Klage, wurde in zwei verſchiedenen Formen bewirkt.

Bei denjenigen Klagen, welche in personam giengen, zugleich eine juris civilis intentio hatten, und zugleich als legitima judicia geltend gemacht wurden, ſollte die Conſumtion ipso jure eintreten; bei allen übrigen Klagen nur permittelſt einer exceptio rei in judicium deductae (a).

Daneben kommt auch der Ausdruck Novatio vor; aus alter Zeit und direct nur in einer Stelle von Papinian (b); auf indirecte Weiſe in den Digeſten und in einer Conſtitution von Juſtinian (c). Dennoch iſt kein Grund vorhanden, die Ächtheit dieſes Kunſtausdrucks zu

(a) Gajus III. § 180. 181, IV. § 106. 107. 98.

(b) Fragm. Vat. § 263 „... nec interpositis delegationibus aut *inchoatis litibus actiones novavit.*“

(c) *L.* 29 *de nov.* (46. 2) „Aliam causam esse *novationis voluntariae*, aliam *judicii accepti*, multa exempla ostendunt.“ Der Ausdruck novatio voluntaria deutet nicht nothwendig, aber doch möglicherweiſe, auf den Gegenſatz einer in der L. C. enthaltenen novatio necessaria, welcher Ausdruck ſelbſt ohnehin nirgend vorkommt. Daß hier die in der L. C. enthaltene Conſumtion als Gegenſatz gemeint war, iſt aus den in Note a und b angeführten Stellen unzweifelhaft. — *L.* 3 *pr. C. de us. rei jud.* (7. 54) „Si enim novatur judicati actione prior contractus“ rel. Hier wird ganz unpaſſenderweiſe die längſt antiquirte novatio als Rechtfertigung von Juſtinians neuer Vorſchrift über die Urtheilszinſen angeführt.

bezweifeln (d). Nach der außerdem bekannten Natur der Novation sind wir aber berechtigt zwei Bestimmungen anzunehmen, obgleich dafür keine unmittelbare Zeugnisse vorhanden sind. Erstlich, daß dieser Ausdruck beschränkt war auf die Fälle, worin die Consumtion ipso jure wirkte (Note a), indem nämlich überall die Novation nur als eine ipso jure wirkende Handlung erscheint. Zweitens, daß diese Novation, also jede ipso jure eintretende Consumtion, bewirkt wurde durch eine Stipulation, da der allgemeine Begriff der Novation kein anderer ist, als: Vernichtung irgend einer Obligation durch Verwandlung in eine verborum obligatio (e).

Ueber die späteren Schicksale der Consumtion überhaupt und der damit verbundenen Novation insbesondere können wir nicht im Zweifel seyn. Sie sind völlig untergegangen, ohne irgend einen Ueberrest, indem die practischen Folgen, für welche sie eingeführt waren, jetzt auf anderen und sichreren Wegen herbeigeführt werden. Ganz zufällig hat sich die wörtliche Erwähnung der Novation, ohne irgend

(d) Der Umstand, daß Gajus IV. § 176—179 die aus der freiwilligen Stipulation hervorgehende novatio abhandelt, und dann § 180. 181 die Consumtion in der L. C. darstellt ohne dabei den Ausdruck novatio zu wiederholen, kann nicht als Widerlegung gelten. Er erklärt sich aus der auch in *L.* 29 *de nov.* (Note c) hervorgehobenen ganz anomalen Natur dieser Novation.

(e) *L.* 1. 2 *de nov.* (46. 2). Gajus III. § 176—179. — Ich gebe indessen zu, daß dieser auf Analogie gegründete Schluß nicht auf volle Gewißheit Anspruch machen kann, da es bei diesem in jedem Fall anomalen Rechtsinstitut hierin auch wohl anders gewesen seyn könnte.

eine praktische Bedeutung, in zwei Stellen des Justinianischen Rechts erhalten (Note c). Es ist daher durchaus nicht zu rechtfertigen, wenn manche Schriftsteller unsrer Zeit von der aus der L. C. entspringenden Novation als von einem noch fortdauernden Institut des Justinianischen und selbst des heutigen Rechts sprechen (f).

Die eben so wichtige, und noch jetzt vorhandene Wirkung der L. C. in die Zukunft ist in sofern ganz unzweifelhaft, als in der That aus ihr ein obligatorisches Verhältniß entsteht, ganz entsprechend dem allgemeinen in der Natur jedes Rechtsstreits gegründeten Bedürfniß (§ 256). Es ist aber zuvörderst zu untersuchen, durch welche juristische Formen dieses obligatorische Verhältniß bewirkt wurde: eine Frage, die nicht ohne Zweifel und Verwicklungen ist.

(f) So Glück B. 6 S. 205 und mehrere Andere. Vgl. dagegen Wächter H. 3 S. 38 fg. — Insbesondere muß ich auch jetzt die neue Novation aufgeben, die ich früher als im Urtheil liegend angenommen habe (B. 5 S. 325), verleitet durch die Fassung des alten Rechtssprüchworts bei Gajus III. § 180 und der in der Note c angeführten Aeußerung von Justinian. Es ist für eine Novation im Römischen Sinn weder ein praktisches Bedürfniß, noch irgend ein sicheres Zeugniß vorhanden. Vgl. hierüber Wächter H. 3 S. 47. 48. — Die neuen Rechtsverhältnisse, die allerdings jedes rechtskräftige Urtheil erzeugt, sollen damit nicht in Zweifel gezogen werden; von ihnen wird unten ausführlich gehandelt werden. Der praktische Erfolg ist hier auch gewiß derselbe wie bei einer wirklichen Novation, indem der Kläger nicht mehr sein früheres Recht neben dem Urtheil und wider dasselbe geltend machen kann. Nur bezweifle ich, daß jemals ein alter Jurist den Ausdruck novatio von dem Urtheil gebraucht haben möchte; die Tilgung ipso jure, die der eigentliche Charakter der Novation ist, war ja mit der L. C. schon vollendet, und für eine neue Novation war kein Raum vorhanden.

Für die Klagen in rem läßt ſich hierüber eine beſtimmte Behauptung durch ein unmittelbares Zeugniß des Gajus begründen (g). Dieſer ſagt, dem Beklagten werde bei ſolchen Klagen der Vortheil gewährt, die Sache auch während des Rechtsſtreits beſitzen zu dürfen (possidere conceditur). Dafür müſſe er von ſeiner Seite für den Fall, daß er künftig unterliege, durch eine stipulatio judicatum solvi Entſchädigung verſprechen und zugleich durch Bürgen ſicher ſtellen (*cum* satisdatione *cavere*), wodurch dann der Kläger die Befugniß erlange, künftig nach ſeiner Wahl ſowohl den Beklagten ſelbſt, als deſſen Bürgen zu verklagen (aut *tecum* agendi, aut *cum sponsoribus tuis*). Worauf die stipulatio judicatum solvi dieſer Bürgen, und alſo ohne allen Zweifel auch völlig gleichlautend die des Beklagten ſelbſt, als des Hauptſchuldners, gerichtet war, wird uns anderwärts ausführlich geſagt. Sie hatte drei Clauſeln: de re judicata, de re defendenda, de dolo malo (h). — Demnach müſſen wir bei den Klagen in rem, neben der L. C., eine Stipulation annehmen, wodurch die eigenthümlichen Obligationen begründet wurden, die uns

(g) Gajus IV. 89. Die Stelle lautet vollſtändig ſo: „Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes. Aequum enim visum est, te de eo, quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere: ut si victus sis, nec rem ipsam restituas, nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas, aut tecum agendi, aut cum sponsoribus tuis.“ — Daß dieſe Stipulation, eben ſo wie bei den perſönlichen Klagen, den Namen judicatum solvi führte, ſagt ausdrücklich der § 91.

(h) *L.* 6. 17. 19. 21 *jud. solvi* (46. 7).

gegenwärtig, als Folgen der L. C., beschäftigen. Über die formelle Einrichtung dieser ganzen Prozeßhandlung enthalte ich mich, in Ermangelung von Nachrichten, jeder Behauptung; ich lasse es also dahin gestellt seyn, ob die L. C. mit der Stipulation verschmolzen war, oder ob beide als getrennte, aber gleichzeitige Akte neben einander standen.

Diese Stipulation darf übrigens nicht so gedacht werden, als ob dadurch die künftige judicati actio im Voraus novirt, also an der Entstehung verhindert worden wäre. Eine solche Novation einer noch nicht fälligen Obligation war allerdings an sich wohl zulässig (i). Allein vor Allem gehörte zu jeder Novation die Absicht zu noviren, d. h. die Absicht eine andere Obligation durch Umtausch zu zerstören (k), und da diese Absicht hier fehlte, so bestand die actio judicati daneben, so daß der Kläger, der den Prozeß gewann, die Wahl hatte zwischen der judicati actio, der Stipulationsklage gegen den Beklagten, und der Stipulationsklage gegen die Bürgen (l).

Diese ganze Einrichtung bei der petitoria formula war übrigens nichts Neues, ihr Eigenthümliches; es war vielmehr bloß die Fortsetzung und Entwicklung des uralten

(i) *L.* 5 *de nov.* (46. 2).

(k) *L.* 2 *de nov.* (46. 2).

(l) *L.* 8 § 3 *de nov.* (46. 2), *L.* 38 § 2 *de sol.* (46. 3), Paulus V. 9. § 3. — Diese Bemerkung macht richtig Buchka Einfluß des Prozesses I. 234, obgleich zu einem irrigen Zweck. — Von einer Novation als Einwirkung auf die Vergangenheit, also als Vernichtung einer ursprünglichen Obligation, so wie bei manchen persönlichen Klagen (Note a. b. c. d), konnte hier ohnehin nicht die Rede seyn, da den Klagen in rem überhaupt keine Obligation zum Grunde liegt.

Rechtssatzes, der bei der legis actio in den praedes litis et vindiciarum, und bei dem Sponsionsprozeß in der stipulatio *pro praede* litis et vindiciarum geltend gemacht wurde (m).

So verhielt es sich also, nach sicheren Zeugnissen, bei den Klagen in rem. Weniger einfach und klar ist die Sache bei den persönlichen Klagen.

Betrachten wir zuerst diejenigen persönlichen Klagen, bei welchen die Consumtion ipso jure, vermittelst einer Novation, bewirkt wurde (Note a). Diese unterscheiden sich von den Klagen in rem darin, daß dem Beklagten während des Rechtsstreits nicht etwas Besonderes gewährt, und eben so der Kläger nicht in die Gefahr der Zerstörung oder des Untergangs der streitigen Sache gesetzt wird. Darum braucht hier der Beklagte in der Regel nicht, sondern nur ausnahmsweise, Bürgen zu stellen (n). Dagegen hat es kein Bedenken anzunehmen, daß er selbst, für seine Person, eine Stipulation geschlossen haben möchte; ja diese Annahme hat sogar einen besondern Anhalt in dem Umstand, daß die Novation als solche das Daseyn einer Stipulation voraussetzen läßt (Note e). Der Inhalt dieser Stipulation aber wird ohne Zweifel dieselben drei Clauseln gehabt haben, welche überhaupt bei den Prozeßstipulationen der Bürgen gebraucht wurden (Note h), so daß hierin kein Unterschied zwischen diesen Klagen und den Klagen in rem gewesen seyn wird. — Ganz eben so, und zwar noch ge-

(m) Gajus IV. § 91. 94. (n) Gajus IV. § 102.

wiſſer, müſſen wir eine ſolche Stipulation des Beklagten annehmen bei denjenigen Fällen perſönlicher Klagen, bei welchen ausnahmsweiſe, aus beſonderen Gründen, eine Bürgſchaft judicatum solvi gefordert werden konnte. Denn daß einer ſolchen Stipulation der Bürgen ſtets eine eigene Stipulation des Beklagten zum Grunde gelegt wurde, läßt ſich nicht nur aus innerer Wahrſcheinlichkeit annehmen, ſondern es wird auch ausdrücklich bezeugt (o).

In den Fällen dieſer mit vielen perſönlichen Klagen verbundenen Stipulationen, worin ſtets die doli clausula enthalten war (Note h), erklärt ſich dann von ſelbſt der Umſtand, daß auch die ſtrengen Klagen von der L. C. an eine eben ſo freie Natur annahmen, wie ſie außerdem nur bei den freien Klagen vorkommt (p).

Was endlich die große Zahl der, nach Abzug der eben erwähnten, noch übrigen perſönlichen Klagen betrifft, alſo diejenigen, bei welchen die Conſumtion durch die L. C. nicht ipso jure, ſondern per exceptionem (ohne Novation) bewirkt wurde, und bei welchen auch nicht etwa eine exceptionelle Caution durch Bürgen vorkam, ſo ließe ſich auch bei ihnen eine mit der L. C. ſtets verbundene Stipulation wohl denken, ſo daß unter dieſer Vorausſetzung eine Sti-

(o) *L.* 38 § 2 *de sol.* (46. 3). Bei jeder satisdatio war alſo eine repromissio; fehlte dagegen die satisdatio, ſo hieß es *nuda* repromissio. *L.* 1 § 5 *de stip. praet.* (46, 5).

(p) S. o. B. 5 S. 501. Der Inhalt dieſer Stelle muß nun durch das jetzt Folgende in dem Umfang der Anwendung beſchränkt werden; die Sache ſelbſt bleibt richtig.

pulation neben der L. C. allgemein Statt gefunden hätte. Allein ein Zeugniß haben wir für diese Annahme nicht; sie wird vielmehr dadurch unwahrscheinlich, daß alsdann der einfachste und leichteste Erklärungsgrund für die verschiedene Behandlung beider Klassen von Klagen wegfallen würde, indem das Daseyn der Stipulation die Novation natürlich mit sich führt, der Mangel derselben die Novation ausschließt.

Nehmen wir nun an, bei dieser zahlreichen Klasse von Klagen sey keine Stipulation vorgekommen, so müssen wir eine andere Rechtsform aufsuchen, an welche die mit der L. C. auch bei diesen Klagen unstreitig verbundene neue Obligation angeknüpft werden kann. Ganz dasselbe Bedürfniß aber tritt ein für die extraordinaria judicia, die zur Zeit des alten Formularprozesses als Ausnahmen, im späteren R. R. aber als die ganz allgemeine Regel, vorkommen. So nimmt also die Frage nach dieser Rechtsform in der That die größte Ausdehnung und Wichtigkeit in Anspruch.

Die von jeher gewöhnliche Auffassung für das Justinianische Recht geht dahin, die L. C. sey ein Quasicontract, und erzeuge daher contractähnliche Obligationen (q). Mit dieser Auffassung können wir einstimmen, indem dadurch die contractliche Natur des Verhältnisses anerkannt wird, welches dennoch kein wahrer, auf freiem Entschluß beruhender Vertrag ist. Es ist ein fingirter Vertrag, so

(q) Keller § 14, und vor ihm die meisten Schriftsteller.

gut als die negotiorum gestio und die Tutel. Bei dieſen entſteht die Obligation aus einſeitigen Handlungen, ohne Mitwirkung des anderen Theils. Bei der L. C. erſcheinen zwar beide Parteien als mitwirkend, aber die Gründung einer Obligation beruht nicht auf ihrem freien Entſchluß den ſie auch unterlaſſen könnten, ſondern auf den unabweislichen Vorſchriften des Prozeßrechts (r).

Über die Natur dieſes contractlichen, oder contractähnlichen, Verhältniſſes, wie es durch die L. C. in jeden Rechtsſtreit eingeführt wird, ſollen jetzt noch einige Betrachtungen folgen.

Die allgemeinſte Anerkennung eines ſolchen Verhältniſſes, welches aus der L. C. neu entſpringt, und von dem früher vorhandenen Rechtsverhältniß an ſich unabhängig iſt, findet ſich in folgender Stelle des Ulpian:

L. 3 § 11 *de peculio* (15. 1): „Idem scribit, judicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat; etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati; nam

(r) Bethmann-Hollweg S. 75. 79 will keinen Contract annehmen, ſondern einen prozeſſualiſchen Vertrag, gerichtet auf die ausſchließende Unterwerfung unter dieſes judicium. Dieſe Auffaſſung iſt auch wahr, aber einſeitig, und drückt die wichtigſten und bleibendſten Seiten des geſammten Verhältniſſes nicht aus. Ein ganz dahin paſſender Ausdruck ſteht in *L.* 3 *pr. jud. solvi.* (46. 7) „sententiae .... se subdiderunt.“ — Donellus XII. 14. § 6—9 ſucht mit großer Subtilität auszuführen, die L. C. ſey kein Quaſicontract, ſondern ein wirklicher, aber ſtillſchweigender Vertrag. Er überſieht dabei, daß zu dem ſtillſchweigenden Vertrag eben ſo, wie zu dem ausdrücklichen, der freie Wille erforderlich iſt, dieſer aber hier fehlt.

sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi; proinde non originem judicii spectandam (s), sed ipsam judicati velut obligationem (t)."

Diese Stelle ist eben so wahr unter Voraussetzung einer in der L. C. enthaltenen wirklichen Stipulation, wie sie im älteren Recht theilweise sicher vorkam, als unter Voraussetzung eines Quasicontracts, und sie drückt also das allgemeine und bleibende Wesen des aus der L. C. hervorgehenden Rechtsverhältnisses sehr bestimmt aus.

Aus diesem contractlichen oder contractähnlichen Verhältniß erklären sich befriedigend mehrere in dem vorhergehenden §. bemerklich gemachte Thatsachen. Erstlich warum zur Bezeichnung des in jedem Rechtsstreit eintretenden, besonders wichtigen und entscheidenden Zeitpunktes stets die L. C., nicht die mit ihr gleichzeitige Conception der Formel gewählt wird. Die in der L. C. enthaltene Contractsnatur war der Entstehungsgrund der von dieser Zeit anfangenden Rechtswirkungen, die Formel war blos eine Anweisung für den Judex, und hatte für die Parteien keine unmittelbar verbindende Kraft. — Zweitens warum die L. C. vor dem Prätor vorgehen mußte, nicht vor dem Judex. Die Autorität des Prätors konnte die Parteien sicherer als die

(s) D. h. nicht das ursprüngliche, dem Rechtsstreit vorhergehende, zum Grund liegende Rechtsverhältniß.

(t) D. h. sondern die Obligation, welche aus der in der L. C. enthaltenen Stipulation neu entspringt, und hier auf die Erfüllung des Judicats gerichtet ist. *L.* 6 *jud. solvi* (46. 7) „de re judicata."

des Juder nöthigen, dieſen Vertrag einzugehen, der dem ganzen Rechtsſtreit ſeine Haltung gab.

Es erklärt ſich daraus ferner der Umſtand, daß das Recht eine Popularklage anzuſtellen, welches an ſich ein gemeinſames Recht aller Römiſchen Bürger war, durch die L. C. in eine wahre Obligation, in ein Vermögensrecht des Klägers, umgewandelt wurde (u).

Die hier angegebenen, ſo wie alle übrigen Folgen der Contractsnatur der L. C. ſind jedoch nicht ſo zu denken, als ob dieſe Contractsnatur durch Zufall oder Willkühr eingeführt worden wäre, und dann alle jene Folgen, die man vielleicht an ſich als gleichgültig oder nachtheilig anſehen mochte, auf dem Wege logiſcher Entwicklung nach ſich gezogen hätte. Es verhielt ſich damit gerade umgekehrt. Jene Folgen waren es, welche, als der Natur des Rechtsſtreits angemeſſen, herbeigeführt werden ſollten; für ſie wurde die Contractsnatur der L. C. (urſprünglich bei vielen Klagen durch eine wirkliche Stipulation) aufgeſtellt, um dafür eine ſichere und angemeſſene juriſtiſche Grundlage zu haben.

Der Inhalt des erwähnten contractlichen Verhältniſſes beſteht zunächſt in der Unterwerfung beider Parteien unter dieſes Judicium (Note r). Dieſe Unterwerfung bezieht ſich bei allen Klagen auf das eigentliche Urtheil; bei den arbiträren Klagen insbeſondere auch noch auf den Gehorſam gegen den vor dem Urtheil von dem Juder ausge-

(u) Die Zeugniſſe dafür ſ. o. B. 2 § 73 Note ee.

sprochenen, auf die Naturalrestitution gerichteten, jussus oder arbitratus (v). Der speciellere Inhalt aber, so wie die Veranlassung dieses Inhalts, läßt sich durch folgende Betrachtung anschaulich machen, die sich an die allgemeine Natur jedes Rechtsstreits und das daraus hervorgehende Bedürfniß (§ 256) anschließt. Wenn zwei Parteien vor den Richter treten, so ist es zunächst völlig ungewiß, wer von beiden das Recht auf seiner Seite hat. In dieser Ungewißheit muß für jeden möglichen Ausfall Vorsorge getroffen werden, und die Parteien werden genöthigt, hierüber einen Vertrag zu schließen, oder auch (wie in dem späteren Recht allgemein) sich so behandeln zu lassen, als ob ein solcher Vertrag geschlossen worden wäre. Der allgemeine Inhalt des Vertrages läßt sich, übereinstimmend mit dem erwähnten Bedürfniß, so ausdrücken: es soll der Nachtheil ausgeglichen werden, der aus der unvermeidlichen Dauer des Rechtsstreits entsteht (w), oder mit anderen Worten: der Kläger soll, wenn er den Prozeß gewinnt, dasjenige erhalten, was er haben würde, wenn das Urtheil gleich Anfangs hätte gesprochen werden können (x).

(v) Daraus erklärt es sich, daß die Unterlassung dieses Gehorsams als eine unerfüllte Obligation, als eine Mora, betrachtet wurde, s. unten § 273 u.

(w) *L.* 91 § 7 *de leg.* 1. „causa ejus temporis, quo lis contestatur, *repraesentari* debet actori."

(x) *L.* 20 *de R. V.* (6. 1) „ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset." — Eben so spricht *L.* 31 *de R. C.* (12. 1), und viele andere Stellen. Diese Aeußerungen, so wie die in der Note w. angeführte, sind bei Gelegenheit einzelner Rechtsverhältnisse entstanden, und werden

Die Veranlaſſung und Rechtfertigung dieſes Vertrags aber giebt Gajus für die Klagen in rem ſo an: Dem Beklagten wird geſtattet, während des Rechtsſtreits die ſtreitige Sache zu beſitzen, dafür muß er aber von ſeiner Seite die in dem Vertrag enthaltene Entſchädigung verſprechen, und ſogar durch Bürgen verſichern (y).

Die hier dargeſtellte contractliche Obligation für die nach der L. C. eintretenden Umwandlungen hat ſich durch alle Zeiten des R. R. erhalten, und iſt auch in unſer heutiges Recht übergegangen. Nur hat ſich die Form einer ausdrücklichen Stipulation, ſelbſt in den Fällen worin ſie in der älteren Zeit angewendet wurde, im Juſtinianiſchen Recht gänzlich verloren.

§. 259.

Weſen der Litis Conteſtation. — II. Canoniſches Recht und Reichsgeſetze.

Das canoniſche Recht hält den Römiſchen Begriff der L. C. (§ 257) unverändert feſt, beſchäftigt ſich aber hauptſächlich mit der Frage, welche auch ſpäterhin als vorzugsweiſe wichtig behandelt wurde: ob und wann der Beklagte verpflichtet ſey, dasjenige zu thun, welches von ſeiner Seite

unten im Zuſammenhang des Details wieder vorkommen. Hier kam es darauf an, den allgemeinen Geſichtspunkt vorläufig zu bezeichnen.

(y) Gajus 4. § 89. — ſ. o. Note g. Nämlich an ſich wäre für denſelben Zweck auch wohl eine Sequeſtration als Sicherungsmittel denkbar geweſen; darauf geht das possidere *conceditur*.

zur Vollziehung einer wahren L. C. beigetragen werden muß. Dazu gehört vor Allem die Erklärung auf den Inhalt der Klage, also auch auf den thatsächlichen Grund derselben: außerdem aber auch die Angabe der etwa vorhandenen Exceptionen (§ 257). Es ist einleuchtend, daß, wenn sich der Beklagte etwa auf Exceptionen beschränken wollte, ohne sich über die Klage zu erklären, eine L. C. darin nicht enthalten wäre und dadurch nicht entbehrlich werden würde, daß also der Beklagte angehalten werden müßte, das von seiner Seite zu einer wahren L. C. Fehlende noch nachzubringen. Aus Vorschriften dieses besonderen Inhalts, die ich im R. R. noch nicht finde, konnte leicht der Schein entstehen, die L. C. sey eine einseitige Handlung des Beklagten, und zwar gerade die Erklärung auf die vom Kläger vorgebrachten Thatsachen, anstatt daß das R. R. darunter eine weit umfassendere gemeinsame Handlung der Parteien versteht, ja sogar wörtlich das litem contestari als eine Thätigkeit des Klägers, nicht des Beklagten, bezeichnet (§ 257. g). Es wird weiter unten gezeigt werden, daß ein aus diesem falschen Schein hervorgehender irriger Sprachgebrauch in späterer Zeit ganz allgemein geworden ist. Jedoch muß bemerkt werden, daß dieser Irrthum dem canonischen Recht in der That nicht zugeschrieben werden darf, dieses vielmehr noch keinen vom R. R. abweichenden Ausdruck enthält.

Die älteste Stelle des canonischen Rechts über die L. C. beschäftigt sich mit der hier entwickelten speciellen Frage

noch nicht (a). Dem P. Gregor IX. war ein Fall vorgelegt, worin die Parteien über einzelne Stücke des Rechtsſtreits (super pluribus articulis) ſchriftliche Behauptungen und Gegenbehauptungen (positiones et responsiones) dem Richter eingereicht, auch dabei geäußert hatten, was ſie vor Gericht zu erklären geſonnen ſeyen (quae partes *voluerunt* proponere coram eis). Der Papſt ſpricht nun aus; darin ſey noch keine gültige L. C. enthalten, dieſe müſſe vielmehr noch nachgeholt werden, um einen rechtsgültigen Prozeß zu begründen,

„quia tamen litis contestationem non invenimus esse factam, quum non per positiones et responsiones ad eas, sed *per petitionem in jure propositam et responsionem secutam litis contestatio fiat.*“

Der hier gedachte Gegenſatz ſchließt alſo die ſchriftlichen Vorbereitungen des Rechtsſtreits, als ungenügend, aus, und fordert zu einer wahren L. C. das gemeinſame Erſcheinen der Parteien im Gericht, und die vollſtändige Erklärung derſelben über den Rechtsſtreit; es iſt der Gegenſatz eines ſchriftlichen Vorverfahrens gegen das mündliche Verfahren vor Gericht, und der Ausſpruch des Papſtes iſt ganz dem R. R. gemäß.

Die zwei folgenden Decretalen betreffen das oben erwähnte Verhältniß der L. C. zu den Exceptionen.

(a) *C. un. X. de litis cont.* (2. 5). — Wörtlich gleichlautend iſt hierin eine andere Decretale deſſelben Papſtes: *C.* 54 § 3 *X. de elect.* (1. 6).

P. Innocenz IV. verordnet, durch vorgebrachte Exceptionen dürfe der Beklagte die L. C. nicht hindern, noch verzögern; jedoch mit Ausnahme der Exceptionen „de re judicata, transacta seu finita“ (b).

Dieselbe Vorschrift wiederholt P. Bonifaz VIII., mit dem sehr natürlichen Zusatz, daß eine bloße Exception auch nicht etwa selbst schon als eine vollzogene L. C. angesehen werden dürfe (c).

Es ist nun ferner von den Veränderungen in dem Wesen der L. C. Rechenschaft zu geben, welche durch die Reichsgesetze, so wie durch die Praxis und Literatur der neueren Zeit herbeigeführt worden sind (d). Um für diese Veränderungen einen festen Standpunkt zu gewinnen, wird es gut seyn, sogleich das letzte Ziel anzugeben, wohin diese sehr allmälige Entwicklung geführt hat, also die Auffassung, welche in der neueren Literatur des Prozesses, so wie in der Praxis, so allgemeine Geltung gewonnen hat, daß jeder Widerspruch dagegen nur in dem Sinn einer gelehrten Kritik, durch Zurückführung auf ältere Quellen, versucht worden ist, wenngleich hie und da nicht ohne den Anspruch, der neu aufgestellten Behauptung auch in der Praxis wieder einige Geltung zu verschaffen.

(b) *C.* 1 *de litis cont. in VI.* (2. 3) — Es sind dieses die nachher von unsren Schriftstellern sogenannten exceptiones litis ingressum impedientes.

(c) *C.* 2 *de litis cont. in VI.* (2. 3).

(d) Ausführlich handelt von diesem Gegenstand Wächter B. 3 S. 70—88.

Dieſer moderne Begriff läßt ſich ſo darſtellen:

Die L. C. iſt eine einſeitige Handlung des Beklagten, beſtehend in der Erklärung deſſelben auf die in der Klage aufgeſtellten Thatſachen, alſo verſchieden von allen Einreden.

In zwei Stücken weicht dieſe Auffaſſung weſentlich ab von dem R. R.

Erſtlich indem ſie die L. C. als eine einſeitige Handlung des Beklagten anſieht, anſtatt daß das R. R. dabei ein gemeinſames Handeln beider Parteien annimmt, und ſogar vorzugsweiſe die mitwirkende Thätigkeit des Klägers mit jenem Namen bezeichnet (§ 257).

Dieſe Abweichung beruht weniger auf veränderten Rechtsbegriffen, als auf der veränderten Form des Verfahrens. Bei einem blos ſchriftlichen Verfahren iſt ein gemeinſames und gleichzeitiges Handeln der Parteien nicht möglich, ſo daß man dabei genöthigt iſt, die L. C. von einer Prozeßhandlung des Beklagten abhängig zu denken, welche dann mit der vorhergehenden Handlung des Klägers, dem Inhalt nach, ein Ganzes bildet, eben ſo wie im R. R. die gleichzeitigen Reden und Gegenreden beider Parteien. Daher iſt denn auch dieſe Abweichung den Reichsgeſetzen fremd, welche ſtets noch ein mündliches Verfahren in Terminen und Audienzen vorausſetzen (e).

(e) Artikel des K. G. zu Lindau ꝛc. von 1500 Art. XIII. § 1. 2 (Neueſte Sammlung der R. A., Th. 2 S. 75). Anfangs wird ſo geredet, als ſey die L. C. ein Geſchäft des Beklagten. Dann aber heißt es: „Item, und ſo der Krieg alſo von beyden Theilen be-

Auch ist diese Abweichung für unsern gegenwärtigen Zweck, d. h. für die Aufstellung eines festen Anfangspunktes der materiellen Wirkungen der L. C., von keiner Erheblichkeit. Es kommt nur darauf an, sich deutlich bewußt zu werden, daß hierin etwas von dem R. R. Verschiedenes gedacht wird.

Zweitens weicht diese Auffassung von dem R. R. darin ab, daß sie die L. C. auf die rein thatsächlichen Erklärungen des Beklagten beschränkt, anstatt daß das R. R. das gesammte in der formula enthaltene Material schon in der L. C. vorkommen läßt, also, außer der Erklärung über die Thatsachen, auch alle Exceptionen, Replicationen und Duplicationen. Auf den ersten Blick scheint es, daß dadurch eine Erleichterung und Beschleunigung der L. C. bezweckt und bewirkt seyn möchte, indem eine bloße Erklärung über die Thatsachen schneller herbeizuführen ist, als jenes weit umfassendere Material. Daß dennoch aus anderen Gründen dieser Erfolg nicht eintrat, wird sogleich gezeigt werden.

Aus dieser Auffassung, verbunden mit jener ersten, folgte mit Nothwendigkeit die dem R. R. völlig fremde Eintheilung der L. C. in eine affirmative, negative und gemischte, je nachdem der Beklagte alle in der Klage

festigt ꝛc." — K. G. O. von 1523 Art. 3 § 3 (a. a. O. S. 248): „Würden aber keine Exceptiones fürgewendt ... soll der Kläger alsbald darauf den Krieg befestigen ꝛc." (Am Rande steht: Litis Contestatio).

enthaltene Thatſachen bejaht, oder alle verneint, oder einige bejaht, andere verneint (f). — Die affirmative darf übrigens nur in Verbindung mit Einreden gedacht werden, da ſie außerdem gar nicht die Abſicht eines Rechtsſtreits in ſich ſchließt, ſondern vielmehr die Natur einer Römiſchen in jure confessio hat (g).

Die zweite Abweichung iſt allerdings ſchon in den Reichsgeſetzen enthalten, die ſich beſonders damit beſchäftigen, die Verzögerung der L. C. zu verhüten, jedoch nicht etwa um dieſes Zweckes Willen einen neuen Begriff der L. C. abſichtlich aufſtellen wollen, ſondern hierin vielmehr

(f) Man könnte auch etwa die negative L. C. in einem bloßen Widerſpruch gegen den Anſpruch des Klägers beſtehen laſſen wollen, wobei es ganz unbeſtimmt gelaſſen würde, ob die Thatſachen ganz oder theilweiſe verneint, und ob Einreden aufgeſtellt werden ſollten. Eine Erklärung dieſer Art iſt nicht nur dem R. R. und dem canoniſchen Recht fremd, ſondern auch den ſpäteren Reichsgeſetzen, wie ſogleich gezeigt werden wird. Eine ſolche Erklärung enthält Nichts, als die Ausſchließung einer reinen confessio, alſo den ausgeſprochenen Entſchluß, Prozeß zu führen, worüber ohnehin in den allermeiſten Fällen kein Zweifel iſt. Gefördert wird dadurch in dem Rechtsſtreit gar Nichts, dieſe Handlung iſt alſo nur ein verſchleppendes Element, und es iſt durchaus kein Grund vorhanden, practiſche Folgen daran zu knüpfen. — Ältere Reichsgeſetze nehmen allerdings eine L. C. in dem hier erwähnten Sinn an (Vergl. Note i).

(g) Die Gloſſatoren haben ſich viel mit der Frage beſchäftigt, ob eine reine confessio als L. C. gelten könne, und ob darauf ein condemnatoriſches Urtheil zu ſprechen ſey. Die Behandlung dieſes Falles betrifft blos die äußere Prozeßform, und hat keine practiſche Wichtigkeit. Im R. R. galt die unzweifelhafte Regel: confessus *pro* judicato est *(L. 1 de confessis 42. 2)*, ſo daß ein Urtheil gewiß nicht nöthig war, und nicht erlaſſen wurde. Im Preußiſchen Prozeß wird für dieſen Fall eine Agnitions-Reſolution abgefaßt, welche die Wirkung eines Erkenntniſſes hat (A. G. O. I. 8. § 14—16).

nur dem herrschenden Sprachgebrauch der gleichzeitigen Schriftsteller folgen.

Um dieses zur Anschauung zu bringen, ist es nöthig, auf den Inhalt der Reichsgesetze genauer einzugehen, wobei sogleich mit der Kammergerichtsordnung von 1555 angefangen werden kann, da die weit unvollständigeren früheren Gesetze durch diese beseitigt worden sind.

Zum Verständniß dieses Gesetzes muß bemerkt werden, daß dasselbe drei Audienzen in jeder Woche annimmt, Montag, Mittwoch, Freitag. Jeder neue Termin soll eintreten in einem durch eine Anzahl von Audienztagen bestimmten Zeitraum nach der vorhergehenden Prozeßhandlung; bei Sachen des ordentlichen Prozesses (in ordinariis) in der zwölften Audienz, bei summarischen Sachen (in extraordinariis) in der sechsten; für beide Klassen von Sachen sollen die oben erwähnten Audienztage abwechselnd angewendet werden (Tit. 1 Tit. 2 § 1). — In der Regel soll die L. C. im zweiten Termin vorgenommen werden, also in der zwölften Audienz nach dem ersten Termin; diese Regel leidet eine Ausnahme, wenn dilatorische oder andere den Prozeß hindernde Einreden vorgebracht werden (h). In diesem Fall wird über solche Einreden in drei

(h) Tit. 13 § 1 „So .. setzen Wir, sofern .. der Antworter nicht dilatorias, oder andere exceptiones, dardurch das Recht verhindert, oder aufgeschoben, oder die Kriegs-Befestigung verhindert würde, fürzubringen hätte, daß alsdann derselbige in ordinariis in der zwölften Audienz, auf die Klag zu antworten, und den Krieg zu befestigen schuldig seyn soll.

Terminen verhandelt, vielleicht auch noch länger, wenn darüber ein Beweisverfahren nöthig wird (Tit. 24—26). Außerdem werden im vierten Haupttermin die übrigen peremtoriſchen Einreden vorgebracht, und es wird darüber gleichfalls in drei Terminen verhandelt (Tit. 27—29).

Über die L. C. iſt noch beſonders beſtimmt, daß der Beklagte, wenn er die Klage beſtreiten, alſo Prozeß führen wolle, dieſes nicht in weitläufigen Reden, wie es bisher geſchehen, ſondern durch einen kurzen Widerſpruch gegen die Klage überhaupt, nicht gerade gegen die einzelnen darin enthaltenen Thatſachen thun ſolle (i). Die beſtimmte Erklärung des Beklagten auf die von dem Kläger vorgebrachten einzelnen Thatſachen ſollte erſt im vierten Termin nachfolgen, und dieſe Responsiones auf die Artikel der Klage werden daher von der L. C. ſowohl durch die Bezeichnung, als durch die im ganzen Prozeß angewieſene Stelle, deutlich unterſchieden (Tit. 15 § 4).

Dieſe ganze Behandlung konnte als eine Erleichterung und Beſchleunigung der L. C. angeſehen werden, da in der That ein allgemeiner Widerſpruch nicht wohl mit

(i) Tit. 13 § 4 „Und nachdem bisher die Procuratores in litis contestationibus, je zu Zeiten viel unnothdürftiger und überflüſſiger Wort gebraucht ... Wollen Wir, daß fürhin ein jeder Procurator, der .. mit nicht geſtehen auf die Klag antworten, und alſo litem negative contestiren will, andere oder mehr Wort nicht gebrauchen ſoll, dann nemlich alſo: In Sachen *N. contra N.* bin ich der Klag nicht geſtändig, bitt mich ... zu erledigen, und mit dieſen Worten ſoll der Krieg, ob auch der Litis contestation nicht ausdrücklich Meldung geſchehe, befeſtigt zu ſeyn gehalten und verſtanden werden.“ Vergl. oben Note f.

einigem Schein zu verweigern ist, und daher leichter und schneller als eine specielle Erklärung verlangt und bewirkt werden kann. Auf der anderen Seite aber war dem Beklagten, der die Sache hinhalten wollte, ein freier Spielraum eröffnet durch die mannichfaltigen Einreden, deren langwierige Verhandlung ihn einstweilen berechtigte, selbst jene höchst allgemeine Erklärung nicht abzugeben, also die L. C. zu unterlassen (Note h).

Hierin gewährte der R. A. von 1570 eine durchgreifende Abhülfe, indem er vorschrieb, daß auch neben dilatorischen Einreden im zweiten Termin in jedem Fall eine eventuelle L. C. vorgenommen werden sollte (k).

Diese Vorschrift wurde bestätigt und weiter ausgeführt in dem neuesten Reichsgesetz über den Prozeß (l). Der Jüngste Reichsabschied verordnet nämlich, daß der Beklagte nicht erst in dem zweiten, sondern schon in dem ersten Termin, wozu jedoch mindestens Sechszig Tage frei zu lassen sind, sowohl alle Exceptionen, bei Strafe der Präclusion, vorbringen, als auch eine bestimmte Erklärung über alle in der Klage enthaltene Thatsachen abgeben soll. — Diese factische Erklärung heißt hier nicht L. C., der Name aber kommt in demselben Gesetz anderwärts vor (m), und daß darunter die oben vorgeschriebene Erklärung über die Thatsachen verstanden werde, kann wohl nicht bezweifelt

(k) R. A. 1570 § 89. 90, Neueste Sammlung Th. 3 S. 299.

(l) J. R. A. von 1654 § 36—40, Neueste Sammlung Th. 3 S. 648. 649. — Die Hauptstelle ist der § 37.

(m) § 110 „nicht allein vor angefangenem Recht-Stand, und litis contestation“ etc.

werden. Nur in dem einzigen Falle ſollte der Beklagte die L. C. verweigern dürfen, wenn er die Competenz des Richters durch eine Einrede beſtreiten wollte (n).

Es iſt nicht zu verkennen, daß durch dieſes Geſetz der ganze Zuſtand weſentlich verbeſſert worden iſt, und daß es hauptſächlich an dem Mangel einer ſtrengen Durchführung deſſelben gelegen hat, wenn ſpäterhin der gemeine Prozeß dem wahren Bedürfniß oft nicht entſprochen hat. Indeſſen bleiben auch hier noch dem Beklagten, der die L. C. verzögern will, manche Mittel übrig. Die Einrede der Incompetenz kann zu einer längeren Verhandlung misbraucht werden. Wenn ferner der Beklagte im erſten Termin nicht erſcheint, ſo führt auch das im § 36 angeordnete Contumacialverfahren einen nicht geringen Aufſchub mit ſich.

Beſonders aber leidet jenes Geſetz keine unmittelbare Anwendung auf den ſpäterhin in Deutſchland ſehr allgemein angewendeten rein ſchriftlichen Prozeß, worin gar keine Termine mündlicher Verhandlung, ſondern regelmäßig Vier Schriftſätze, vorkommen. Denkt man ſich den J. R. A. hierauf ehrlich und ſtreng angewendet, ſo wird die L. C. ſtets in der ſogenannten Exceptionsſchrift zu ſuchen ſeyn, welche die Erklärung über die Thatſachen der Klage, ſey es mit oder ohne Exceptionen, enthalten muß. Dieſe Stellung der L. C. iſt auch mit dem wahren Sinn des R. R. übereinſtimmend, nur mit dem minder erheblichen Unterſchied, daß in der Römiſchen L. C. auch ſchon

(n) § 37 am Ende und § 40.

die Replicationen und Duplicationen vorkamen, die hier erst in dem dritten und vierten Schriftsatz erscheinen (o).

Auch hier aber bleibt dem böswilligen Beklagten noch manches Mittel übrig, die L. C. willkührlich zu verzögern, und dadurch dem Kläger die Rechte zu schmälern, die ihm in der That zugedacht sind. Dazu können misbraucht werden die wiederholten Fristgesuche, ferner die einer längeren Verhandlung empfängliche Einrede der Incompetenz, endlich die bloße Verweigerung oder Unterlassung der L. C., die selbst durch manche Scheingründe beschönigt werden kann. Einem solchen unredlichen Verfahren mit sicherem Erfolg entgegen zu treten, fehlt es im gemeinen Prozeß an bestimmten Rechtsregeln. Auch ist dabei noch folgender Umstand zu berücksichtigen. Wenn die L. C., wie angenommen wird, in der Erklärung auf die Thatsachen besteht, so bleibt ungewiß, wie es angesehen werden soll, wenn die Erklärung unbestimmt, unverständlich, unvollständig ist, etwa so daß sie sich nur auf einen kleinen Theil der thatsächlichen Grundlagen der Klage bezieht. Man könnte sagen, nun müsse durch eine Art von Fiction eine wirkliche L. C. angenommen werden. Dann könnte man aber noch einen Schritt weiter gehen, und in jeder Exceptions-

(o) Vollständiger übereinstimmend mit dem Begriff der Römischen L. C. ist der dem Preußischen Prozeß der allgemeinen Gerichtsordnung eigenthümliche Status causae et controversiae. Nur tritt dabei der practisch sehr erhebliche Unterschied ein, daß dieser Status am Ende von Terminen abgefaßt wird, deren Anzahl und Zeit von einer sehr regellosen Willkühr des Deputirten und der Parteien abhängt.

schrift, auch wenn sie keine Spur einer thatsächlichen Erklärung enthält, eine L. C. fingiren. Nur ist dieses Alles völlig willkührlich, und es ist eine bloße Illusion, wenn man glaubt, damit das R. R., oder die Reichsgesetze, oder auch nur die neuere Praxis wirklich anzuwenden. — Wenn von allen diesen Schwierigkeiten in vielen Ländern keine merkliche Beschwerde empfunden worden ist, so liegt dieses theils an der guten Aufsicht der Gerichte, theils darin daß die Praxis nicht bei der L. C. als Grund und Zeitpunkt der materiellen Veränderungen während des Prozesses stehen geblieben ist, wovon am Schluß dieser ganzen Lehre gehandelt werden wird.

Wie weit aber hierin der Misbrauch und die Gefährdung des Rechts getrieben werden kann, davon giebt der Sächsische Prozeß Zeugniß. In diesem kommt es sehr gewöhnlich vor, daß eine ganze Instanz hindurch über die Verbindlichkeit des Beklagten zur L. C. gestritten, und am Ende durch Urtheil festgestellt wird, daß Beklagter, Einwendens ungeachtet, auf die erhobene Klage sich einzulassen schuldig; dieses Urtheil kann dann wieder durch Rechtsmittel angegriffen und durch die Instanzen verfolgt werden.

§. 260.

Wirkungen der Litis Contestation. — Einleitung.

Indem nunmehr die Wirkungen der L. C. dargestellt werden sollen, sind dieselben an den oben angegebenen Grundsatz anzuknüpfen, nach welchem die Aufgabe dieses

Rechtsinstituts auf die Ausgleichung der nachtheiligen Folgen geht, welche aus der an sich nicht wünschenswerthen, aber unvermeidlichen Dauer des Rechtsstreits entspringen (§ 256. 258). Die jetzt im Einzelnen darzustellenden Wirkungen sind nur als Entwicklungen jenes Grundsatzes anzusehen. Es muß jedoch dazu noch durch folgende Vorbemerkungen ein fester Grund gelegt werden.

I. Die Aussprüche der Römischen Juristen über jene Wirkungen beziehen sich auf zwei verschiedenartige Anwendungen, deren Inhalt aber dergestalt zusammenfällt, daß sie ohne Unterschied als ganz gleichbedeutend angesehen werden dürfen.

Die meisten dieser Aussprüche betreffen die Frage, wie in Folge der L. C. das richterliche Urtheil eingerichtet werden müsse, und diese sind auch auf unsren heutigen Rechtszustand unmittelbar anzuwenden.

Mehrere Aussprüche aber betreffen eine Frage, welche nicht bei allen Klagen, sondern nur bei den arbitrariae actiones (§ 221), vorkommen konnte: Die Frage, welche Handlungen nach der L. C. der Beklagte auf die Aufforderung des Judex vorzunehmen habe, um die Verurtheilung von sich abzuwenden. Diese Handlungen bestanden, wie oben gezeigt wurde, in einer Restitution oder Exhibition. Hier also lautet die Frage so: Was muß der Beklagte freiwillig thun, um nicht verurtheilt zu werden? oder mit anderen Worten: Was gehört zu einer wahren,

genügenden, die Verurtheilung abwendenden Reſtitution? (a) Was gehört zu einer wahren Exhibition? (b)

So verſchieden nun dieſe Fragen, ihrer wörtlichen Faſſung nach, lauten, ſo ſind ſie dennoch in der That identiſch, ſo daß die Antwort auf die eine Frage, ohne Gefahr eines Irrthums, auch als Antwort auf die andere Frage behandelt werden kann. Denn was der Beklagte als genügende Reſtitution vornehmen muß um der Verurtheilung zu entgehen, hat ganz denſelben Umfang wie Das, wozu er verurtheilt wird, wenn er die freiwillige Reſtitution unterläßt (c), und eben ſo umgekehrt. — Da wir übrigens keine arbitrariae actiones mehr haben (§ 224), ſo gewähren uns die Ausſprüche über die wahre Reſtitution und Exhibition nur den indirecten Vortheil, daß wir daraus lernen, worauf die Verurtheilung gerichtet werden muß, wenn es überhaupt zu einer ſolchen kommt (d).

(a) *L.* 35. 75. 246 § 1 *de V. S.* (50. 16), *L.* 20 *L.* 35 § 1 *de rei vind.* (6. 1).

(b) *L.* 9 § 5. 6. 7. 8 *ad exhib.* (10. 4)

(c) Allerdings mit dem Unterſchied, daß das Urtheil nur auf Geld gehen konnte, anſtatt daß die Reſtitution in Natur geſchah. Vergl. B. 5 § 221. Auch kann im einzelnen Fall, nach thatſächlichen Verhältniſſen, in der Reſtitution etwas Anderes nöthig ſeyn und genügen, als das worauf ſpäter das Urtheil gelautet hätte. Im Allgemeinen aber iſt die Identität des Inhalts bei der Reſtitution und dem Urtheil unverkennbar.

(d) In ſofern ſteht allerdings unſer heutiges Recht dem älteren R. R. gleich, daß auch bei uns keine Verurtheilung erfolgt, wenn der Beklagte während des Prozeſſes das Verlangen des Klägers vollſtändig erfüllt. Dieſer Fall iſt aber in unſrem heutigen Recht von keiner practiſchen Erheblichkeit, anſtatt daß im R. R. die arbitrariae actiones künſtlich darauf berechnet waren, daß der Beklagte freiwillig reſtituiren oder exhibiren ſollte, um größeren Nachtheilen zu entgehen.

II. Die materiellen Wirkungen der L. C. sind allerdings darauf berechnet, den Vortheil des Klägers zu befördern. Denn der Kläger ist es, der durch die unvermeidliche Dauer des Rechtsstreits einen Nachtheil erleiden kann, und eben gegen diesen Nachtheil soll er künstlich geschützt werden durch die Reduction des Urtheils auf den Zeitpunkt der L. C. (e).

Indessen ist dieser Zweck nicht so abstract aufzufassen, als ob der Kläger in jedem einzelnen Falle durch jene Reduction nothwendig gewinnen, oder auch nur nicht verlieren müßte. Es können vielmehr durchkreuzende practische Rücksichten eintreten, welche in einzelnen Fällen einen anderen Erfolg herbeiführen. Solche Rücksichten können in anderen Fällen auch wohl die Anwendung jener Reduction selbst ausschließen.

Es ist daher überhaupt in diesem Rechtsinstitut eine gewisse practische Biegsamkeit wahrzunehmen.

III. Der Grundsatz, mit dessen Entwicklung in einzelnen Folgen wir uns nun zu beschäftigen haben, beruht auf einem so natürlichen Bedürfniß, daß wir eine frühe Anerkennung desselben wohl erwarten dürfen. Und in der That zeigt sich derselbe schon wirksam in der uralten Vindication durch legis actio. Bei dieser mußten im Anfang des Rechtsstreits vom Beklagten praedes litis et vindiciarum gestellt werden, Bürgen für die Sache selbst und die Früchte derselben, also gegen die Nachtheile, die dem

(e) *L.* 86. 87 *de R. I.* (50. 17), *L.* 29 *de nov.* (46. 2).

Kläger daraus entſtehen konnten, daß er die Beendigung des Rechtsſtreits abwarten mußte. In der ſpäteren Vindication per sponsionem trat an die Stelle jener alten praedes eine Stipulation pro praede litis et vindiciarum, das heißt als ein mit derſelben Wirkung verſehenes Surrogat. Und dieſe wieder gieng bei der petitoria formula, mit Veränderung der Form und des Namens, in eine Stipulation judicatum solvi über (f).

Ich muß es daher als unhiſtoriſch verwerfen, wenn neuerlich behauptet worden iſt, jener Grundſatz der Reduction auf die Zeit der L. C. ſey die neue Erfindung eines poſitiven Geſetzes, des unter Hadrian über die Erbſchaftsklage erlaſſenen Senatsſchluſſes (g). Der Grundſatz ſelbſt war uralt, aber freilich nirgend abſtract ausgeſprochen, ſondern nur in einzelnen Anwendungen anerkannt. Unter den Händen der juriſtiſchen Schriftſteller wurde er allmälig ausgebildet und entwickelt. Auch der

(f) Gajus IV. § 91. 94. 89 Vergl. oben § 258. g. — Man könnte glauben, bei der petitoria formula fehle ein Verſprechen wegen der Früchte während des Rechtsſtreits. Allein dieſes liegt in den Worten des § 89: „ut si victus sis, *nec rem ipsam restituas*“ rel. Denn in dem restituere, durch deſſen Unterlaſſen die Stipulation des Beklagten und der Bürgen verletzt und zur Klage fällig gemacht (commissa stipulatio) wurde, lag auch der Erſatz der omnis causa. Vgl. die in Note a angeführten Stellen.

(g) Heimbach, Lehre von der Frucht S. 155 fg. — Fände ſich jener Grundſatz nur bei der Erbſchaftsklage und der damit nahe verwandten Eigenthumsklage erwähnt, ſo hätte die Behauptung noch einigen Schein; allein er kommt eben ſo auch bei den Condictionen vor, und es wird wohl Niemand annehmen wollen, daß dieſe unter dem Einfluß des Sc. Iuventianum geſtanden hätten. Vgl. *L.* 31 *de reb. cred.* (12. 1).

angeführte Senatsschluß nahm ihn in sich auf, und trug zur Ausbildung desselben bei. Es war also sehr natürlich, daß die gleichzeitigen und späteren Schriftsteller dieses Gesetz, vielleicht das ausführlichste über den ganzen Gegenstand, zum Anhaltspunkt ihrer eigenen Ausführungen wählten, ohne damit sagen zu wollen, daß jener Grundsatz erst durch jenes Gesetz neu eingeführt worden sey und vor demselben gar nicht gegolten habe (h).

IV. Der aufgestellte Grundsatz läßt sich in zwei Hauptregeln auflösen.

Es kann geschehen, daß die juristischen Bedingungen der Verurtheilung zur Zeit der L. C. vorhanden sind, während der Dauer des Rechtsstreits aber verschwinden. Der Grundsatz führt dahin, daß nun die Verurtheilung dennoch erfolgen muß.

Es kann ferner geschehen, daß die Verurtheilung zwar auch noch späterhin erfolgt, aber dem Kläger weniger Vortheile verschafft, als er jetzt haben würde, wenn sie schon zur Zeit der L. C. erfolgt wäre. Der Grundsatz führt nun dahin, der Verurtheilung einen solchen Umfang zu geben, daß dadurch diese Differenz ausgeglichen wird.

Die erste Regel soll durch künstliche Reduction auf den Zeitpunkt der L. C. die Verurtheilung selbst sichern,

(h) So ist zu verstehen die Stelle des Paulus in *L.* 40 *pr. de her. pet.* (5. 3). „Illud quoque, *quod in oratione D. Hadriani est,* ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas, interdum durum est.“

da wo ohne dieſe Regel eigentlich eine Freiſprechung erfolgen müßte.

Die zweite Regel ſoll den Umfang der Verurtheilung ſo beſtimmen, daß der Kläger nicht weniger Vortheile erhalte, als er durch eine zur Zeit der L. C. erfolgte Verurtheilung jetzt haben würde.

Beide Regeln zuſammen, alſo der vollſtändige Grundſatz in welchem ſie als verſchiedene Anwendungen enthalten ſind, werden bezeichnet durch den Ausdruck: *causa* praestanda est oder *causa* restitui debet (i). Causa alſo, oder omnis causa, causa omnis, heißt alles dasjenige, welches in Anwendung jener Regeln durch das richterliche Urtheil dem Kläger verſchafft werden ſoll.

§. 261.

Wirkung der L. C. — I. Verurtheilung ſelbſt geſichert.

Zuvörderſt ſind diejenigen Fälle zuſammen zu ſtellen, in welchen die Bedingungen der Verurtheilung zur Zeit der L. C. vorhanden ſind, während des Rechtsſtreits aber ver-

(i) In den meiſten Stellen, worin dieſe Ausdrücke vorkommen, wird zufällig nur die zweite Regel als die häufigere und wichtigere, daran geknüpft; am häufigſten der Erſatz der Früchte. In folgenden Stellen aber wird der Ausdruck ſo gebraucht, daß er entſchieden beide Regeln umfaßt. § 3 *I. de off. jud.* (4. 17), *L.* 35 *de V. S.* (50. 16) „Restituere autem is intelligitur, qui simul *et causam actori reddit*, quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset, *id est et usucapionis causam, et fructuum.*“ Die usucapionis causa beſteht eben in einer Anwendung der erſten Regel.

schwinden. Die L. C. soll hier die Wirkung haben, daß die Verurtheilung dennoch gesichert bleibe (§ 260).

I. Klagverjährung nach der L. C.

Unter jene Fälle gehört, für Klagen aller Art, der Fall der Klagverjährung, welche zur Zeit der L. C. erst angefangen war, während des Rechtsstreits aber den für ihre Vollendung bestimmten Zeitpunkt erreicht hat.

Nach dem älteren Recht sollte die L. C. die Wirkung haben, daß die Verurtheilung dennoch ausgesprochen würde, oder mit anderen Worten: die L. C. sollte die angefangene Klagverjährung unterbrechen.

Dieses hat sich im neueren R. R. dadurch verändert, daß schon die Insinuation der Klage die Klagverjährung völlig unterbrechen soll, wodurch also die erwähnte Wirkung, die im früheren Recht an die L. C. geknüpft war, nunmehr absorbirt wird (§ 242. 243).

II. Usucapion nach der L. C.

Bei den Klagen in rem kann es geschehen, daß das Recht des Klägers (z. B. das Eigenthum), welches zur Zeit der L. C. vorhanden war, während des Rechtsstreits untergegangen ist; das soll die Verurtheilung nicht hindern.

Der wichtigste Fall dieser Art ist der der Usucapion; wenn nämlich der Beklagte, der die Usucapion zur Zeit der L. C. angefangen hatte, diese während des Rechtsstreits vollendet, so daß zur Zeit des Urtheils in der That nicht mehr der Kläger, sondern vielmehr der Beklagte, wahrer

Eigenthümer iſt. Wie iſt dagegen dem Kläger zu helfen? (a)

Der Gedanke liegt ſehr nahe, dieſen Fall eben ſo zu behandeln wie den der Klagverjährung, alſo in die L. C. (oder auch in die Inſinuation) eine Unterbrechung der Uſucapion zu legen die dann nicht ablaufen könnte, ſo daß das Eigenthum unverändert bliebe.

Dieſer Gedanke iſt jedoch dem R. R. völlig fremd, welches vielmehr den Fortgang und Ablauf der Uſucapion während des Rechtsſtreits auf unzweifelhafte Weiſe anerkennt (b). Es hilft aber dem Kläger auf indirecte Weiſe, indem es dem Beklagten die Verpflichtung auflegt, das wirklich erworbene Eigenthum auf den Kläger zurück zu übertragen, welches im älteren Recht oft durch Mancipation geſchehen mußte, im neueſten Recht aber ſtets durch Tradition bewirkt wird. Daneben ſoll der Beklagte auch noch Caution ſtellen für den Fall, daß er etwa in der Zwiſchenzeit, worin er Eigenthümer war, nachtheilige Veränderungen in dem Recht an der Sache vorgenommen haben ſollte (c).

(a) Sehr gut handelt von dieſem Fall Keller S. 173—179.

(b) *L.* 2 § 21 *pro emt.* (41. 4), *L.* 17 § 1 *in f. de rei vind.* (6. 1). — Auch die in der folgenden Note angeführten Stellen beweiſen dieſen Satz völlig, weil eine Rückübertragung des Eigenthums weder nöthig noch möglich wäre, wenn nicht der Beklagte durch vollendete Uſucapion Eigenthum erworben hätte.

(c) *L.* 18. 20. 21 *de rei vind.* (6. 1), *L.* 35 *de V. S.* (50. 16 vgl. oben § 260. i), *L.* 8 § 4 *si serv.* (8. 5) „quemadmodum placet in dominio aedium.“ — Wenn *L.* 18 *cit.* ſagt: „debet eum *tradere*,“ ſo iſt das eine unzweifelhafte Interpolation, da Gajus

Aus zwei verschiedenen Gründen ist behauptet worden, daß im heutigen Recht diese Regeln nicht mehr gelten, indem jetzt auch für die Usucapion eine wahre Unterbrechung durch die L. C. (oder durch die Insinuation) eintrete.

Erstlich ist behauptet worden, die L. C. mache den Besitz zu einem unredlichen, die Usucapion aber werde durch jede mala fides, auch durch die mala fides superveniens, nach den Vorschriften des canonischen Rechts unterbrochen (§ 244). — Von der Unredlichkeit des Besitzes, die durch die L. C. bewirkt werden soll, wird unten ausführlich gesprochen werden (§ 264). Wenn man sie auch in einem figürlichen Sinn, durch eine Art von Fiction, annehmen wollte, so kann sie doch in der unmittelbaren Bedeutung, wie sie das canonische Recht unzweifelhaft auffaßt, unmöglich behauptet werden; es wäre widersinnig zu sagen, jeder Beklagte befinde sich von der L. C. an in einem sündlichen Zustand, und in diesem Sinn faßt das canonische Recht die mala fides auf. — Dieser Grund für eine veränderte Rechtsregel muß also entschieden als unhaltbar verworfen werden (d).

Ein zweiter Grund für eine Veränderung der Rechtsregeln hat ungleich mehr Schein. Neben der Usucapion, und als Ergänzung derselben, wurde schon frühe eine longi temporis praescriptio von zehen oder zwanzig Jahren eingeführt. Dieses war eine reine Klagverjährung, und es

sehr wohl wußte, daß das Eigenthum eines Sklaven nicht durch Tradition, sondern nur durch Mancipation oder in jure cessio übertragen werden konnte.

(d) So wird die Sache richtig dargestellt von Kierulff S. 277, und Wächter H. 3 S. 105.

iſt unzweifelhaft, daß ſie, ſo wie jede andere Klagverjährung, durch die L. C. (ſpäter durch die Inſinuation) unterbrochen wurde (e). Nun hat Juſtinian an die longi temporis possessio, welche früher nur eine praescriptio begründete, bei unbeweglichen Sachen die Wirkung der Uſucapion geknüpft: im Fall der bona fides ſogar auch an den dreißig- oder vierzig-jährigen Beſitz, und ohne Unterſchied der beweglichen und unbeweglichen Sachen (f). Hierüber haben ſich zwei verſchiedene Meinungen gebildet. Nach der einen Meinung hat der Erwerb von 10, 20, 30 Jahren, auch nachdem ihm gleiche Wirkung mit der Uſucapion beigelegt worden iſt, dennoch ſeine urſprüngliche Natur einer Klagverjährung beibehalten, ſo daß darauf die Unterbrechung durch Inſinuation der Klage anzuwenden iſt (g). Nach der anderen Meinung iſt jeder Erwerb, welchem Juſtinian die Wirkung einer Uſucapion beigelegt hat, als eine wahre, eigentliche Uſucapion, nur mit anderen Zeitfriſten als denen des älteren Rechts anzuſehen, und es ſind darauf alle Beſtimmungen des älteren Rechts über die Uſucapion unmittelbar anzuwenden, namentlich auch die Beſtimmung, daß die L. C. den Lauf dieſer Uſucapionen nicht unterbricht, ſondern nur eine Verpflichtung des Beklagten zur Rückgabe des Eigenthums erzeugt.

(e) *L.* 1. 2. 10 *C. de praescr. longi temp.* (7. 33), *L.* 2 *C. ubi in rem* (3. 19), *L.* 26 *C. de rei vind.* (3. 32).

(f) *L.* 8 *pr.* § 1 *C. de praescr. XXX.* (7. 39) vom J. 528.

(g) Wächter H. 3 S. 99—104.

Ich halte die zweite Meinung für die richtige, und zwar hauptsächlich deswegen, weil Justinian selbst den Besitz von 3, 10, 20 Jahren geradezu als Usucapion bezeichnet (h), und dadurch als einen Rechtsbegriff aufstellt, auf welchen er die in seinen Rechtsbüchern über die Usucapion aufgestellten Vorschriften angewendet wissen will. — Für die entgegengesetzte Meinung wird ein Gesetz von Justinian angeführt, welches folgenden Inhalt hat (i). Wenn der Eigenthümer eine Vindication gegen den Besitzer seiner Sache deswegen nicht anbringen kann, weil dieser Besitzer abwesend, oder Kind, oder wahnsinnig ist, so darf der Eigenthümer seine Klage bei dem Präses, oder dem Bischof, oder dem Defensor einreichen u. s. w.,

„et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit." (Vorher heißt es: interruptionem temporis facere, et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem.)

Aus diesen Worten wird gefolgert, die Klage unterbreche jetzt wirklich die Usucapion. Allein Justinian hatte

(h) *pr. J. de usuc.* (2. 6) „et ideo Constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem, i. e. inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis, *usucapiantur*." — Daß hier der dreißigjährige Besitz nicht mit aufgeführt ist, mag aus Nachlässigkeit oder aus Rücksicht auf dessen exceptionelle Natur und Beschaffenheit herrühren; eine wesentliche Verschiedenheit kann aus dieser Auslassung auch für diesen Fall nicht abgeleitet werden. Auch er enthält eine wahre Usucapion, und wird nur zufällig nicht so genannt.

(i) *L. 2 C. de ann. exc.* (7. 40).

in dieſem Geſetz augenſcheinlich nur den Zweck, für einen ſeltenen Nothfall eine rein practiſche Auskunft zu erfinden, nicht die feinere Natur dieſer Rechtsverhältniſſe zu beſtimmen. Für jenen practiſchen Zweck war durch die neue Vorſchrift völlig geſorgt, und in dieſer Hinſicht konnte man es eine interruptio nennen, weil es für den vorliegenden Zweck, wenn der Kläger wirklich Eigenthum hatte, ganz gleichgültig war, ob die Uſucapion unterbrochen, oder dem Kläger ein Anſpruch auf Verurtheilung des Gegners zur Rückgabe des Eigenthums geſichert war. Die dreijährige Uſucapion war doch gewiß nicht aus einer alten Klagverjährung hervorgegangen, und bei ihr iſt alſo nicht einmal eine ſcheinbare Veranlaſſung anzugeben, weshalb ſie hätte die Natur einer eigentlichen Uſucapion verlieren, und in die einer Klagverjährung umgebildet werden ſollen; dennoch iſt auch ſie, wie die übrigen Fälle, in jenem Geſetz ausdrücklich mit aufgeführt, und mit ihnen ganz auf gleiche Linie geſtellt.

Dieſe ganze Streitfrage übrigens iſt von geringer practiſcher Erheblichkeit. Die Fälle, in welchen die Gefahr einer Uſucapion durch Klage abgewendet werden muß, ſind überhaupt nicht häufig, und wo ſie vorkommen, iſt es für die Sicherheit des alten Eigenthümers ziemlich gleichgültig, ob er durch Unterbrechung der Uſucapion geſchützt wird, oder vielmehr, wie ich glaube, auf dem Wege, den dafür das ältere R. R. angiebt.

Dieſelben Regeln, welche hier für die Uſucapion aufgeſtellt worden ſind, müſſen auch angewendet werden, wenn

eine Servitut durch confessorische Klage verfolgt wird, und während des Rechtsstreits, nach der L. C., die für den Nichtgebrauch bestimmte gesetzliche Frist abläuft. In diesem Fall geht die Servitut durch Nichtgebrauch wirklich unter, der Beklagte muß aber verurtheilt werden, sie durch eine neue juristische Handlung wiederherzustellen: nach dem älteren Recht durch in jure cessio, nach dem neueren durch Vertrag (k).

III. Persönliche Klagen, deren Grund nach der L. C. verschwindet.

Bei den persönlichen Klagen kommt zuerst der Fall in Betracht, wenn während des Rechtsstreits die Obligation untergeht, und zwar durch freiwillige Leistung von Seiten des Beklagten. Man sollte glauben, es hätte nie bezweifelt werden können, daß nun der Rechtsstreit von selbst zu Ende sey. Bei den arbiträren Klagen war dieses auch in der That der Fall, indem durch die ganze Behandlung derselben recht absichtlich auf die freiwillige Erfüllung mit dem Erfolg der Freisprechung hingewirkt werden sollte. Allein bei den übrigen Klagen war die Sache streitig, jedoch wahrscheinlich nur bei den strengen Klagen. Die härtere Meinung der Proculianer gieng dahin, daß dennoch der Beklagte verurtheilt werden sollte. Die mildere Meinung der Sabinianer nahm die Freisprechung an, und diese Meinung wurde durch die Regel ausgedrückt: omnia judi-

(k) *L.* 5 § 5 *si ususfr.* (7. 6), *L.* 10 *de usufr. accresc.* (7. 2), *L.* 8 § 4 *si serv.* (8. 5). Vgl. Keller S. 175.

cia esse absolutoria (l). Natürlich hat Juſtinian dieſe mildere Meinung angenommen (m).

Außer der Erfüllung kommen noch folgende einzelne, weniger erhebliche, Fälle vor, worin während des Rechtsſtreits die urſprünglich vorhandene Bedingung einer perſönlichen Klage wegfallen kann.

Wegen des von einem Sklaven begangenen Diebſtahls hatte der Beſtohlene eine Noxalklage gegen den Eigenthümer des Sklaven; das Eigenthum wurde erfordert zur Zeit der L. C. Wenn nun der Beklagte den Sklaven nach der L. C. veräußerte, ſo entgieng er dadurch der Verurtheilung nicht, ſelbſt wenn die Veräußerung an den Kläger geſchah (n).

Bei der Klage ad exhibendum beſteht die Hauptbedingung in einem rechtlichen Intereſſe des Klägers an der Exhibition. Wenn nun dieſes zur Zeit der L. C. vorhanden iſt, nachher verſchwindet, ſo müßte nach unſrem Grundſatz der Beklagte verurtheilt werden. Hier aber tritt eine Ausnahme ein, indem die Verurtheilung nur dann erfolgen ſoll,

(l) Gajus IV. § 114. Aber auch nach der ſtrengeren Meinung ſollte doch wahrſcheinlich nicht der Beklagte die doppelte Leiſtung bekommen und behalten. Vielleicht wurde er dagegen durch eine condictio sine causa geſchützt. Ausführlich handelt von dieſer Frage Keller S. 180—184.

(m) § 2 *J. de perpet.* (4. 12). Eine Spur des verworfenen ſtrengeren Grundſatzes iſt wahrſcheinlich aus Verſehen in die *L.* 84 *de V. O.* (45. 1) übergegangen. Vgl. oben B. 5 S. 135, und Wächter H. 3 S. 26.

(n) *L.* 37 *L.* 38 *pr. de nox. act.* (9. 4).

wenn auch noch zur Zeit des Urtheils das Interesse des Klägers fortdauert (o).

Nach der L. Julia sollte die Klage gegen einen Freigelassenen auf eine operarum obligatio ausgeschlossen seyn, wenn der Freigelassene zwei Kinder hatte. Wenn nun nach der L. C., während des Rechtsstreits, das zweite Kind geboren wurde, so hätte eigentlich, nach unsrem Grundsatz, die Verurtheilung erfolgen müssen. Hier aber wurde das Gegentheil angenommen, offenbar aus derselben Begünstigung, woraus dieses ganze Privilegium entsprungen war (p).

§. 262.

Wirkung der L. C. — I. Verurtheilung selbst gesichert. (Fortsetzung.)

IV. Uebergang der Klagen auf die Erben.

Unter den persönlichen Klagen finden sich viele, die nicht gegen die Erben des ursprünglichen Schuldners angestellt werden können, und unter diesen sind die wichtigsten die Pönalklagen. Für alle diese Klagen gilt die durchgreifende Regel, daß sie auf die Erben übergehen, wenn der Beklagte erst nach der L. C. stirbt (a). Diese Regel ist die unmit-

(o) *L.* 7 § 7 *ad exhib.* (10. 4).

(p) *L.* 37 *pr.* § 6 *de op. libert.* (38. 1).

(a) *L.* 58 *de O. et A.* (44. 7), *L.* 29 *de nov.* (46. 2), *L.* 87. 139 *pr. de R. J.* Vgl. B. 5 § 211. g, § 230, und Keller § 20. — Die *L.* 33 *de O. et A.* (44. 7), die hierin besondere Schwierigkeit macht, ist schon oben § 257 erklärt worden. — Die, ohnehin weit selteneren Klagen, die von Seiten des Klagberechtigten unvererblich sind, richten sich nach ganz anderen Regeln, und werden nicht erst durch die L. C. der Vererbung fähig.

telbare Folge der in der L. C. enthaltenen contractlichen Obligation, durch welche diejenige Eigenschaft des ursprünglichen Rechtsverhältnisses absorbirt wird, in welcher die Unvererblichkeit desselben gegründet war.

V. Entstehung des Rechts nach der L. C.

Bisher sind die Fälle erwogen worden, in welchen das zur Zeit der L. C. vorhandene Recht des Klägers während des Rechtsstreits verschwindet; unser Grundsatz führte dahin, daß diese Änderung dem Kläger nicht schaden soll. Wir haben jetzt den umgekehrten Fall zu betrachten, wenn das Recht des Klägers zur Zeit der L. C. nicht vorhanden ist, während des Rechtsstreits aber entsteht; wenn also z. B. ein Nichteigenthümer vindicirt und während des Rechtsstreits Erbe des Eigenthümers wird, oder wenn ein Anderer als der Creditor eine wirklich vorhandene Schuld einklagt, während des Rechtsstreits aber durch Beerbung des wahren Creditors die Forderung erwirbt (b).

Hier ist zuvörderst einleuchtend, daß unser Grundsatz keine Anwendung finden kann. Wollte man auf das neu erworbene Recht eine Verurtheilung gründen, so würde dadurch nicht etwa ein durch die Dauer des Rechtsstreits herbeigeführter Verlust von dem Kläger abgewendet werden (worauf allein unser Grundsatz abzweckt), sondern der Kläger würde durch jene Dauer Etwas gewinnen, da

(b) Von dieser Frage handeln: Voetius VI. 1 § 4 (kurz und gründlich), Glück B. 8 S. 147 bis 151, mit ausführlicher Angabe der Schriftsteller, und Wächter H. 3 S. 120—124.

er zur Zeit der L. C. unzweifelhaft abgewiesen worden wäre.

Ferner ist das practische Interesse dieser Frage an sich weit geringer. In dem bisher betrachteten umgekehrten Fall kam es darauf an, den Kläger gegen den Verlust des Rechts selbst zu schützen, den er z. B. durch den ungeschwächten Fortgang der Klagverjährung oder der Usucapion erlitten haben würde. Dieser Verlust des Rechts selbst kann hier in keinem Fall eintreten. Lassen wir die Beachtung des neu erworbenen Rechts im gegenwärtigen Prozeß zu, so erreicht der Kläger seinen Zweck sogleich; lassen wir sie nicht zu, so wird der Beklagte freigesprochen, der Kläger kann aber in einer neuen Klage sein Recht geltend machen, und verliert also blos Zeit und Prozeßkosten. Dieses galt selbst nach der Strenge des alten R. R., da das neu erworbene Recht eine nova causa bildete, also durch die frühere Klage nicht in judicium deducirt und consumirt war (c). Das Interesse der Frage ist also nicht materiell, nur prozessualisch, woraus übrigens nicht folgt, daß wir deshalb weniger sorgfältig auf die Entscheidung derselben einzugehen hätten.

A. Nach R. R. muß angenommen werden, daß der spätere Erwerb des Rechts die Verurtheilung nicht rechtfertigt. Dafür sind folgende Stellen entscheidend:

L. 23 *de jud.* (5. 1) von Paulus: „Non potest

(c) *L.* 11 § 4. 5 *de exc. rei jud.* (44. 2). Diese Stelle wird in der Lehre vom Urtheil vollständig benutzt werden.

videri in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est.“ Das heißt: die nach der L. C. eintretenden Veränderungen dürfen auf das Urtheil dieſes Juder keinen Einfluß haben; es bedarf alſo einer neuen Klage (d) um ſie geltend zu machen. Dieſe Regel wird hier ganz allgemein aufgeſtellt, ohne Unterſchied zwiſchen in rem und in personam, zwiſchen stricti juris und bonae fidei actio.

L. 35 *de jud.* (5. 1) von Javolenus: „Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse, et vel in futurum concipi, ita judicium in pendenti potest esse, vel de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt. Nam neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit: judicium vero, antequam aliquid debeatur, non posse.“ Dieſe Stelle ſpricht blos von perſönlichen Klagen, von dieſen aber ganz allgemein, ohne Unterſchied zwiſchen ſtrengen und freien.

Eine beſtätigende Anwendung der aufgeſtellten Regel findet ſich bei der actio ad exhibendum. Die Bedingung dieſer Klage iſt ein rechtliches Intereſſe des Klägers bei der Exhibition. Wenn nun dieſes Intereſſe zur Zeit der

(d) Interpellare für judicio interpellare, verklagen, komm auch ſonſt öfter vor, z. B. *L.* 1 *de distr.* (20. 5), *L.* 13 § 3 *de injur.* (47. 10).

L. C. fehlt, während des Rechtsstreits aber entsteht, so soll dennoch keine Verurtheilung erfolgen, indem das Daseyn des Interesse in beiden Zeitpunkten (L. C. und Urtheil) erfordert wird (e).

Eine fernere Bestätigung liegt in folgender wichtigen Regel, deren vollständiger Zusammenhang erst weiter unten in der Lehre vom Urtheil erklärt werden kann. Wenn der Kläger das Eigenthum der vindicirten Sache erst nach der L. C. erwirbt, so soll ihm das abweisende Urtheil bei einer neu angestellten Vindication nicht als Exception entgegen gesetzt werden können (f). Dies wird hier allgemein ausgesprochen, ohne Unterschied, ob der neue Erwerb vor oder nach dem ersten Urtheil eingetreten ist. Zwar wird zunächst nur die Wirksamkeit der exceptio rei judicatae im zweiten Prozeß verneint, und es wird nicht ausdrücklich die Frage berührt, ob etwa auch schon in der ersten Vindication der Richter wegen des inzwischen erworbenen Eigenthums verurtheilen dürfe. Allein die Gründe, die der Jurist zur Bestätigung seines Ausspruchs anführt, lassen keinen Zweifel, daß er eine solche Verurtheilung für unmöglich halten mußte (g).

Viele Schriftsteller haben einen Widerspruch gegen die

(e) *L.* 7 § 7 *ad exhib.* (10. 4), vgl. oben § 261. o.

(f) *L.* 11 § 4. 5 *de exc. rei jud.* (44. 2).

(g) *L. cit.* „... alia enim causa fuit prioris dominii, haec nova nunc accessit. Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit."

hier aufgeſtellte Behauptung in folgender Stelle des Paulus finden wollen (h):

„Si mandavero tibi, ut a Titio decem exigeres, et ante exacta ea, mandati tecum egero, si ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat.“

Dieſer Widerſpruch iſt in der That nicht vorhanden. Durch den übernommenen Auftrag das Geld einzufordern, iſt die actio mandati bereits vollſtändig begründet, und durch die während des Rechtsſtreits erfolgte Einforderung kann höchſtens der Inhalt und Umfang des Urtheils etwas anders beſtimmt werden. Paulus will alſo nicht ſagen, daß nur im Fall einer früheren Einforderung eine Verurtheilung überhaupt erfolgen ſolle (i); die Meinung geht vielmehr dahin, daß nach der Einforderung unbedingt auf die Auszahlung des erhobenen Geldes erkannt werde, anſtatt daß vor der Einforderung auf die Vollziehung des Auftrags (nach R. R. auf das Intereſſe) erkannt werden müßte. Der Ausſpruch des Paulus muß daher in Gedanken ſo ergänzt werden: *decem* condemnandum te esse constat. — Um den vermeintlichen Widerſpruch zwiſchen dieſer Stelle und den oben angeführten zu löſen, haben mehrere Schriftſteller (k) einen Unterſchied zwiſchen den

(h) *L.* 17 *mandati* (17. 1).

(i) So verſtehen die Gegner die Stelle, indem ſie durch das arg. a contrario hinzudenken: si non exegeris, absolvendum te esse. Allein die unbedingte Anwendung dieſes Arguments iſt überall bedenklich, und ſie muß beſonders hier verworfen werden, da die Abſolution, nach der allgemeinen Natur der Mandatsklage, in keinem Fall zu rechtfertigen wäre.

(k) Keller S. 185. 187. Wächter H. 3 S. 121.

stricti juris und bonae fidei actiones behauptet; bei jenen soll die strengere, bei diesen (wohin denn eben die Mandatsklage zu rechnen wäre) die mildere Regel gegolten haben. Durch die eben aufgestellte Erklärung fällt das Bedürfniß einer solchen Vereinigung hinweg. Sie wird aber auch dadurch widerlegt, daß die oben angeführten Stellen über die strengere Regel nicht auf die stricti juris actiones beschränkt sind, während umgekehrt gerade bei der actio ad exhibendum die strengere Regel eintritt (Note e), obgleich die actio ad exhibendum unter die arbiträren, also unter die freiesten Klagen überhaupt, gehört.

In der That hängt aber auch die hier erörterte Regel mit den strengen, buchstäblichen Formen des alten Prozesses gar nicht zusammen. Sie beruht vielmehr auf der ganz natürlichen Betrachtung, daß für Fälle wie der hier vorausgesetzte die Anstellung einer neuen Klage an sich zweckmäßiger ist, und daß die entgegengesetzte Behandlung das Recht des Beklagten gefährden kann, indem dieser bis dahin unmöglich seine Vertheidigung auf das angeblich neu erworbene Recht des Klägers einrichten konnte.

Andere Stellen, wodurch man die hier vertheidigte Regel zu widerlegen gesucht hat, beziehen sich gar nicht auf den Fall, wenn das Recht des Klägers zur Zeit der L. C. fehlt, später erworben wird (von welchem Fall hier allein die Rede ist), sondern vielmehr auf die während des Prozesses eintretenden factischen Veränderungen; von diesen aber wird weiter unten (No. VI.) noch besonders die Rede seyn.

Mit Unrecht hat man mit der Erörterung unſrer Frage folgende ganz andere in Verbindung zu bringen geſucht. Wenn der Kläger aus Verſehen in der Klage einen unrichtigen Gegenſtand, oder eine zu geringe Summe bezeichnet, ſo ſoll ihm dieſes für die Erhaltung ſeines Rechts keine Gefahr bringen; und zwar nach dem älteren Recht, indem es ihm ſtets frei ſtand, durch eine neue Klage den Irrthum zu berichtigen (l): nach dem Juſtinianiſchen Recht, indem er die Berichtigung noch in demſelben Prozeß mit Erfolg vornehmen kann (m). — Eine ſolche Berichtigung der in der Klage begangenen Irrthümer iſt von dem hier vorliegenden Fall eines erſt während des Rechtsſtreits neu entſtandenen Rechts des Klägers völlig verſchieden.

B. Nach dem canoniſchen Recht hat unſre Rechtsregel eine weſentliche Abänderung erlitten. P. Innocenz IV. hat nämlich folgenden Unterſchied aufgeſtellt (n): Wenn in der Klage nicht nur das Recht ſelbſt, ſondern auch der Erwerbsgrund deſſelben, beſtimmt ausgedrückt ſey, ſo ſolle im Fall eines ſpäteren Erwerbs (ganz wie im R. R.) die Verurtheilung nicht erfolgen dürfen, ſondern vielmehr eine neue Klage erforderlich ſeyn. Wenn dagegen die Klage

(l) Gajus IV. § 55. 56. — In manchen Fällen war nach altem Recht auch ſchon in dem erſten Prozeß eine Berichtigung des begangenen Irrthums zuläſſig, und zwar gerade in ſolchen Fällen, worin außerdem eine neue Klage durch die Conſumtion ausgeſchloſſen ſeyn würde.

(m) § 34. 35 *J. de act.* (4. 6). Nach den Regeln des heutigen gemeinen Prozeſſes würde eine ſolche Veränderung des Klaglibells nicht mehr zuläſſig ſeyn.

(n) *C.* 3 *de sentent. in VI.* (2. 14).

nur das Recht selbst (z. B. Eigenthum), nicht den Erwerbsgrund (z. B. Usucapion), ausdrücke, so solle der während des Rechtsstreits eintretende Erwerb auch schon jetzt, ohne neue Klage, zur Verurtheilung führen.

Um diese sehr weitläufige Verordnung gegen die unrichtige Deutung zu schützen, die dafür neuerlich versucht worden ist (o), muß die Bemerkung vorausgeschickt werden, daß diese Decretale, so wie viele andere, aus zwei verschiedenen Theilen zusammengesetzt ist. Sie enthält zuerst einen Auszug der Prozeßacten, also die Behauptungen und Gründe beider Parteien. Darauf folgt das ausgesprochene Urtheil des Richters, welches am Schluß des ganzen Gesetzes der Papst bestätigt, und dadurch zur gesetzlichen Kraft erhebt (p). In dem Urtheil des Richters, also in dem gesetzlichen Theil der ganzen Stelle, lauten die entscheidenden Worte also:

„Ex iis enim, quae post inchoatum judicium eveniunt, quando causa fuit exposita specialis, nec debet nec potest judicis animus ad proferendam sententiam informari, quia, quum certae causae facta est mentio, utpote donationis vel venditionis aut alterius specialis, oportet incepti judicii tempus attendi, ut liquido cognoscatur, an tunc interfuerit actoris, propter illa,

(o) Wächter H. 3 S. 122. 123.

(p) „Nos igitur, cardinalis ejusdem sententiam ratam habentes, eam auctoritate apostolica confirmamus.“ — Die richterliche Entscheidung, die hier mit Gesetzeskraft versehen wird, fängt an mit den Worten: „Praefatus igitur cardinalis, praemissis omnibus.“

quae specialem comitantur causam et necessario adesse debent, veluti locus et tempus et hujusmodi, quae sunt sollicite attendenda, et sine quibus causa vacua et invalida censeretur. Sed quum est in genere absque alicujus causae declaratione petitum, non sic oportet accepti judicii tempus inspici, quia non requiruntur, nec sunt opportuna, nec attendi possunt hujusmodi comitantia in hoc casu."

In dieſen Worten iſt genau und unzweideutig die Unterſcheidung von zwei Fällen möglicher Abfaſſung der Klage (nämlich mit oder ohne Angabe des Erwerbsgrundes für das eingeklagte Recht) enthalten, welchen ich oben als Inhalt des Geſetzes angegeben habe (q). Und dieſe Unterſcheidung muß daher auch für unſer heutiges gemeines Recht maaßgebend ſeyn.

(q) Wächter H. 3 S. 122. 123. faßt die Sache ſo auf, als ſey die Benutzung des neuen Erwerbes auch in dem Fall zuläſſig, wo aus einem ſpeciellen Erwerbsgrunde geklagt wird, wenn nur ſpäterhin „gerade derjenige Erwerbungsgrund, auf welchen die dingliche Klage geſtützt wird, durch ein ſpäteres Ereigniß begründet wurde;" welches ohne Zweifel ſo viel heißen ſoll, als: der ſpätere wahre Erwerbungsgrund müſſe mit dem früheren falſchen gleichnamig ſeyn — denn identiſch iſt er mit demſelben niemals, wie es gerade in den Worten der Decretale ſehr richtig anerkannt wird. Wächter beruft ſich zum Beweiſe dieſer Behauptung auf eine Stelle der Decretale, welche nicht zu der richterlichen und geſetzlichen Entſcheidung, ſondern zu den Prozeßacten gehört, alſo an ſich gar nichts beweiſen kann. Dieſe Verwechſlung verſchuldet zunächſt Glück, welcher S. 149. 150 gerade dieſe Stelle der Prozeßacten als das eigentliche Geſetz irrig abdrucken läßt. Aber auch ſelbſt die allegirte Stelle der Prozeßacten hat, genauer angeſehen, nicht den von Wächter angenommenen Inhalt, ſondern ſtimmt eigentlich ganz mit der nachfolgenden geſetzlichen Entſcheidung überein.

Es versteht sich aber dabei von selbst, daß auch in dem von dem Papst anerkannten Fall der Kläger dennoch keinen Gebrauch von dem während des Rechtsstreits eingetretenen Erwerb des Rechts machen kann, wenn die allgemeinen für den Prozeßgang bestehenden Regeln damit im Widerspruch sind; insbesondere also in dem Fall, wenn erst nach dem Beweistermin der neue Erwerb Statt findet (r).

§. 263.

Wirkung der Litis Contestation. — I. Verurtheilung selbst gesichert. (Fortsetzung.)

VI. Factische Verhältnisse.

Wenn man die Bedingungen vollständig anzugeben versucht, durch welche eine Verurtheilung überhaupt, oder doch der Umfang einer Verurtheilung, bestimmt wird, so finden sich unter denselben außer dem Rechte des Klägers, wovon allein bisher die Rede war, auch noch manche factische Verhältnisse, die in Vergleichung mit jenem Rechte des Klägers (der eigentlichen Grundlage jeder Klage), als Nebenumstände aufgefaßt werden können. Bei der Vindication z. B. ist die Hauptbedingung der Klage das Eigenthum des Klägers: daneben aber ist auch der Besitz des Beklagten nöthig, wenn eine Verurtheilung erfolgen soll. Auch für solche factische Verhältnisse muß die Frage beantwortet werden, in welcher Zeit das Daseyn derselben erforderlich ist. Wenngleich nun sich dabei zeigen wird, daß die L. C.

(r) Stryk Lib. 6. Tit. 1 § 11. Wächter S. 124.

nicht der erforderliche Zeitpunkt ist, so darf dennoch auch hier diese Untersuchung nicht abgelehnt werden, weil außerdem neben den Wirkungen der L. C. ein benachbarter unbestimmter Raum übrig bleiben würde, in welchem Zweifel und Misverständnisse über die L. C. Platz nehmen können, und wirklich nicht selten genommen haben (a).

Es sind dabei in gleicher Art, wie es bei dem Recht des Klägers geschehen ist, zwei Fälle zu unterscheiden.

Erstlich kann ein solches factisches Verhältniß zur Zeit der L. C. vorhanden seyn, nachher verschwinden. Zweitens kann dasselbe zur Zeit der L. C. fehlen, nachher entstehen.

Der erste Fall wird zweckmäßiger weiter unten, in anderem Zusammenhang, betrachtet werden. Wenn nämlich bei der Vindication der zur Zeit der L. C. vorhandene Besitz des Beklagten während des Rechtsstreits verloren geht, so gehört die Beurtheilung dieses Falles in die Reihe der möglichen Verminderungen, für welche der Beklagte nach Umständen Entschädigung zu leisten oder nicht zu leisten hat. Davon wird in vollständigem Zusammenhang bei den Wirkungen der L. C. auf den Umfang der Verurtheilung gehandelt werden (§ 272 fg.).

Es bleibt also hier nur der zweite Fall zu erwägen übrig, wenn das erforderliche factische Verhältniß zur Zeit der L. C. fehlt, während des Rechtsstreits aber entsteht.

Hier ist als Regel anzunehmen, daß der Zustand zur

(a) Von dieser Frage handeln: Keller S. 190 — 194. Wächter H. 3 S. 126.

Zeit der L. C. Nichts bedeutet, und daß es allein darauf ankommt, ob das factische Verhältniß zur Zeit des Urtheils vorhanden ist. Es gilt also hierin die umgekehrte Regel von derjenigen, welche oben für das Recht des Klägers angegeben worden ist (§ 262).

Die hier aufgestellte Regel soll zunächst bei den einzelnen Klagen, worin sie vorkommt, nachgewiesen werden; daran wird sich eine allgemeinere Betrachtung anschließen können.

A. Bei der Vindication des Eigenthums ist es gleichgültig, ob der Beklagte zur Zeit der L. C. den Besitz hat; zur Zeit des Urtheils muß dieser Besitz nothwendig vorhanden seyn (b).

Eine bloße Anwendung dieser Regel ist es, daß der Erbe des Beklagten, der als solcher zur Uebernahme der Vindication nicht verpflichtet ist (c), in diese Verpflichtung eintritt, sobald er selbst den Besitz erwirbt (d).

B. Bei der Erbschaftsklage wird der Beklagte verur-

(b) *L.* 30 *pr. de pec.* (15. 1), *L.* 27 §. 1 *de rei vind.* (6. 1) „. . si litis contestatae tempore non possedit, quo autem judicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur.“ Zu diesem ganz klaren Ausspruch, welcher mit allen übrigen Stellen übereinstimmt (s. die folgenden Noten) paßt freilich nicht der Anfang des §: „Possidere autem aliquis debet utique *et* litis contestatae tempore, *et* quo res judicatur.“ Es muß dahin gestellt bleiben, ob bei diesem Widerspruch eine ungenaue Fassung der angeführten Anfangsworte zum Grunde liegt, oder vielmehr die Erwähnung einer älteren Controverse, die nur in dem unvollständigen Excerpt der Compilatoren nicht mehr erkennbar ist. Keller S. 191. 192.

(c) *L.* 42 *de rei vind.* (6. 1).

(d) *L.* 8 *in f. ad exhib.* (10. 4).

theilt, je nach dem Beſitz den er zur Zeit des Urtheils an Erbſchaftsſachen hat, ohne Rückſicht darauf, ob er vielleicht zur Zeit der L. C. aus der Erbſchaft gar Nichts oder weniger als zur Zeit des Urtheils, beſeſſen hatte (e).

C. Bei der actio ad exhibendum kommt es lediglich darauf an, ob der Beklagte zur Zeit des Urtheils die Sache beſitzt (f), und eben ſo iſt der Erbe des urſprünglichen Beklagten zu verurtheilen, wenn er ſelbſt nur vor dem Urtheile Beſitzer geworden iſt (g).

D. Bei der actio de peculio hängt der Erfolg von dem Geldwerthe ab, welchen das Peculium hat. Dieſer Werth aber wird beſtimmt nach der Zeit des Urtheils, nicht der L. C. (h). Ja ſelbſt wenn der mit dieſer Klage Belangte während des Rechtsſtreits den Sklaven verkauft, ſo wird er dennoch bis auf die Höhe desjenigen Werthes verurtheilt, welcher ſich zur Zeit des Urtheils findet (i).

E. Wenn bei der actio depositi der Beklagte zur Zeit des Urtheils die Sache beſitzt und zu ihr gelangen kann, ſo wird er verurtheilt, ſelbſt wenn im Anfang des Rechtsſtreites, weil es an einem dieſer Umſtände fehlte, eine Freiſprechung hätte erfolgen müſſen (k).

(e) *L.* 18 § 1 *de her. pet.* (5. 3), *L.* 4 *L.* 41 *pr. eod.* — Bloße Anwendungen dieſer Regel ſind es, welche ſich in *L.* 16 *pr.* und *L.* 36 § 4 *eod.* finden.

(f) *L.* 7 § 4 *ad exhib.* (10. 4), *L.* 30 *pr. de pec.* (15. 1).

(g) *L.* 8 *ad exhib.* (10. 4).

(h) *L.* 30 *pr. de pec.* (15. 1). — *L.* 7 § 15 *quib. ex causis* (42. 4), *L.* 5 § 2 *de lib. leg.* (34. 3), *L.* 35 *de fidej.* (46. 3).

(i) *L.* 43 *de pec.* (15. 1). — Stirbt der Sklave während des Rechtsſtreits, ſo wird auf den Werth zur Zeit des Todes geſehen.

(k) *L.* 1 § 21 *depos.* (16. 3). Die einzelnen Ausdrücke dieſer Stelle

F. Die Verurtheilung bei der actio pignoratitia hängt davon ab, daß die Schuld, wofür das Pfand gegeben war, getilgt sein muß (l). Wenn aber nur der Kläger auch während des Rechtsstreits die Zahlung der Schuld anbietet, so muß dennoch die Verurtheilung auf Rückgabe des Pfandes erfolgen (m).

Ulpian giebt als Grund dieser Regel und ihrer einzelnen Anwendungen den Umstand an, daß von jenen factischen Verhältnissen (dem Besitz, dem Werth des peculii,) nichts in der Intentio stehe, weshalb der Mangel jener Verhältnisse die Richtigkeit der Klage, und also auch die Verurtheilung, nicht ausschließe (n).

Diesen Grund könnte man so auffassen, als ob blos in dieser zufälligen Abfassung der Klagformeln der Grund jener Regel enthalten wäre, so daß es blos einer Verbesserung der Formeln bedurft hätte, um etwa eine ganz andere Regel herbeizuführen, und die ganze Beurtheilung

erklären sich aus der Vergleichung mit Gajus IV. § 47.

(l) *L.* 9. § 3 *de pign. act.* (13. 7).

(m) *L.* 9 § 5 *de pign. act.* (13. 7).

(n) *L.* 30 *pr. de pec.* (15. 1) „quaesitum est, an *teneat* actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, cum ageretur: si modo sit rei judicatae tempore? Proculus et Pegasus nihilo minus *teneri* ajunt: INTENDITUR ENIM RECTE, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit: quae sententia et a nobis probanda est." — Daher heißt es auch in *L.* 9 *de rei vind.* (6. 1) „*Officium autem judicis* in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat an reus possideat;" nämlich in der formula war von dem Besitz des Beklagten nicht die Rede: die Prüfung desselben gehörte also zu den Stücken, wozu der Juder auch außer der Instruction berechtigt und verpflichtet war, d. h. eben zu dem *officium* judicis.

nicht der erforderliche Zeitpunkt ist, so darf dennoch auch hier diese Untersuchung nicht abgelehnt werden, weil außerdem neben den Wirkungen der L. C. ein benachbarter unbestimmter Raum übrig bleiben würde, in welchem Zweifel und Misverständnisse über die L. C. Platz nehmen können, und wirklich nicht selten genommen haben (a).

Es sind dabei in gleicher Art, wie es bei dem Recht des Klägers geschehen ist, zwei Fälle zu unterscheiden.

Erstlich kann ein solches factisches Verhältniß zur Zeit der L. C. vorhanden seyn, nachher verschwinden. Zweitens kann dasselbe zur Zeit der L. C. fehlen, nachher entstehen.

Der erste Fall wird zweckmäßiger weiter unten, in anderem Zusammenhang, betrachtet werden. Wenn nämlich bei der Vindication der zur Zeit der L. C. vorhandene Besitz des Beklagten während des Rechtsstreits verloren geht, so gehört die Beurtheilung dieses Falles in die Reihe der möglichen Verminderungen, für welche der Beklagte nach Umständen Entschädigung zu leisten oder nicht zu leisten hat. Davon wird in vollständigem Zusammenhang bei den Wirkungen der L. C. auf den Umfang der Verurtheilung gehandelt werden (§ 272 fg.).

Es bleibt also hier nur der zweite Fall zu erwägen übrig, wenn das erforderliche factische Verhältniß zur Zeit der L. C. fehlt, während des Rechtsstreits aber entsteht.

Hier ist als Regel anzunehmen, daß der Zustand zur

(a) Von dieser Frage handeln: Keller S. 190—194. Wächter H. 3 S. 126.

Zeit der L. C. Nichts bedeutet, und daß es allein darauf ankommt, ob das factische Verhältniß zur Zeit des Urtheils vorhanden ist. Es gilt also hierin die umgekehrte Regel von derjenigen, welche oben für das Recht des Klägers angegeben worden ist (§ 262).

Die hier aufgestellte Regel soll zunächst bei den einzelnen Klagen, worin sie vorkommt, nachgewiesen werden; daran wird sich eine allgemeinere Betrachtung anschließen können.

A. Bei der Vindication des Eigenthums ist es gleichgültig, ob der Beklagte zur Zeit der L. C. den Besitz hat; zur Zeit des Urtheils muß dieser Besitz nothwendig vorhanden seyn (b).

Eine bloße Anwendung dieser Regel ist es, daß der Erbe des Beklagten, der als solcher zur Uebernahme der Vindication nicht verpflichtet ist (c), in diese Verpflichtung eintritt, sobald er selbst den Besitz erwirbt (d).

B. Bei der Erbschaftsklage wird der Beklagte verur-

(b) *L.* 30 *pr. de pec.* (15. 1), *L.* 27 §. 1 *de rei vind.* (6. 1) „. . si litis contestatae tempore non possedit, quo autem judicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur.“ Zu diesem ganz klaren Ausspruch, welcher mit allen übrigen Stellen übereinstimmt (s. die folgenden Noten) paßt freilich nicht der Anfang des §: „Possidere autem aliquis debet utique *et* litis contestatae tempore, *et* quo res judicatur.“ Es muß dahin gestellt bleiben, ob bei diesem Widerspruch eine ungenaue Fassung der angeführten Anfangsworte zum Grunde liegt, oder vielmehr die Erwähnung einer älteren Controverse, die nur in dem unvollständigen Excerpt der Compilatoren nicht mehr erkennbar ist. Keller S. 191. 192.

(c) *L.* 42 *de rei vind.* (6. 1).

(d) *L.* 8 *in f. ad exhib.* (10. 4).

seyn, sie sind daher delictähnlich, und haben auch oft delictartige Folgen. Nur ist dabei der Unterschied zu beachten, daß die Mora in einer bloßen Unterlassung besteht, und nicht nothwendig auf Dolus, sondern oft auf bloßem Geldmangel beruht; anstatt daß der unredliche Besitz in einem positiven Handeln besteht, und stets mit Dolus verbunden ist.

Die L. C. dagegen ist ein contractähnliches Verhältniß (§ 258), und hat keine Verwandschaft mit einem Delict. Die Führung des Rechtsstreits ist an sich von Seiten des Beklagten nicht nothwendig tadelnswerth, selbst dann wenn am Ende das Urtheil gegen ihn ausfällt.

Nun ist es eine unter unseren Schriftstellern sehr verbreitete Behauptung, daß jede L. C., je nachdem die Klage persönlich, oder in rem ist, stets die Mora oder die mala fides begründe (a). Nach allgemeiner Betrachtung muß dieser Satz unbedenklich verworfen werden, theils weil die eben erwähnte juristische Natur dieser drei Rechtsbegriffe (die Ähnlichkeit mit Delicten und Contracten) von Grund aus verschieden ist, theils weil sowohl die Mora, als die mala fides, jede ihre eigenthümlichen Bedingungen hat, so daß das Daseyn derselben in jedem einzelnen Fall von

(a) Bayer Civilprozeß S. 233. 234. Linde § 200 Note 4. 5. — Daß hier die Annahme der Mora oder der mala fides sogar auf den Zeitpunkt der Insinuation zurückgeführt wird, beruht auf weiteren Fragen, deren selbstständige Erörterung an ihrem Orte erfolgen wird. Auf dem gegenwärtigen Standpunkt der Untersuchung ist diese fernere Differenz unerheblich.

einer rein factischen Frage abhängt, deren Bejahung auf keine Weise aus dem Daseyn der L. C. an sich gefolgert werden kann (b). Dagegen muß auf der anderen Seite unbedingt eingeräumt werden, daß die L. C. großentheils ähnliche Wirkungen herbeiführt, wie die welche aus der Mora oder der mala fides folgen, wenngleich aus verschiedenen Gründen (c).

Die Frage ist aber nun noch genauer für die Mora und die mala fides besonders zu erörtern.

A. Mora.

Zur regelmäßigen Begründung der Mora wird erfordert, daß der Schuldner zur Erfüllung seiner Verpflichtung aufgefordert werde, und sie ohne Grund unterlasse. Es ist daher keine Mora vorhanden, wenn zwar eine Schuld selbst anerkannt ist, aber der Betrag derselben noch nicht feststeht; ferner wenn die Schuld selbst als zweifelhaft anzusehen ist. Wenn also der aufgeforderte Schuldner sich verklagen läßt, so hängt die Annahme einer Mora von den Umständen ab. Sie ist anzunehmen, wenn er ohne Grund, oder aus offenbar unhaltbaren Gründen, nur um den Gegner hinzuhalten, die Erfüllung verweigert; nicht

(b) Diese richtige Auffassung, daß das Daseyn der Mora und der mala fides stets eine facti quaestio ist, findet sich bei Bynkershoek obss. VIII. 12, Leyser 83. 5 und 99. 6, Kierulff S. 277 bis 281, Wächter H. 3 S. 106 bis 108.

(c) Leyser (Note b) übersieht Dieses, und behauptet deshalb irrig, es dürfe nicht immer von der L. C. an auf Ersatz der Früchte erkannt werden, weil nicht immer die mala fides mit der L. C. verbunden sey.

anzunehmen, wenn er Gründe der Weigerung angiebt, wodurch die Vorausſetzung eines rechtswidrigen Willens, eines Unrechts mit Bewußtſeyn, ausgeſchloſſen wird (d). Wer alſo die Schuld beſtreitet, weil er ſeine eigene obligatoriſche Handlung nicht mehr zu wiſſen behauptet, wird dem Vorwurf der Mora nicht entgehen; anders wenn ein Erbe die Handlungen ſeines Erblaſſers bezweifelt, oder wenn die Klage durch eine Exception beſtritten wird (e). Durch dieſe Unterſcheidungen wird die oben behauptete Verwandtſchaft der Mora mit der mala fides beſtätigt. Bei perſönlichen Klagen kann man allgemein annehmen, daß jede frivole (mit dem Bewußtſeyn des Unrechts vorgenommene) Prozeßführung des Beklagten ſtets eine Mora vorausſetzt, oder wenigſtens jetzt begründet.

Man kann daher behaupten, daß nicht leicht gerade durch die L. C. eine Mora begründet werden wird, ſondern daß ſie meiſt entweder früher vorhanden iſt, oder ſpäter anfängt, im äußerſten Fall freilich mit dem rechtskräftigen Urtheil. Selbſt in dem ſeltenen Fall, wenn der

(d) *L.* 63 *de R. J.* (50. 17) „Qui *sine dolo malo* ad judicium provocat, non videtur moram facere.“ *L.* 24 *pr. de usur.* (22. 1) „... utique si *juste* ad judicium provocavit.“ Das heißt nicht: wenn er am Ende Recht behält, und daher freigeſprochen wird, ſondern es iſt gleichbedeutend mit dem vorhergehenden sine dolo malo, und drückt den Gegenſatz des frivolen Rechtsſtreits aus. Eben ſo *L.* 82 § 1 *de V. O.* (45. 1) „Et hic moram videtur fecisse, qui litigare *maluit* quam restituere,“ d. h. der es aus reiner Willkühr, ohne ſcheinbaren Grund, auf den Prozeß ankommen läßt. (Vgl. unten Note g und § 273. k). *L.* 47 *de usur.* (22. 1).

(e) *L.* 42 *de R. J.* (50. 17), *L.* 21 *de usur.* (22. 1).

Kläger jede außergerichtliche Aufforderung vor dem Rechtsstreit unterläßt, wird öfter vielleicht die Insinuation der Klage, weil sie eine Interpellation enthält, die Mora begründen können, die L. C. wird dabei seltener in Betracht kommen.

Ganz in diesem Sinn spricht *Papinian* bei Gelegenheit der Fideicommisse (f). In den meisten Fällen, sagt er, wird das Fideicommiß klar und gewiß seyn, dann hat die Mora meist schon vor dem Rechtsstreit angefangen, mit der außergerichtlichen Aufforderung. Wenn aber die Gültigkeit und die Höhe des Fideicommisses zweifelhaft ist, z. B. weil der Abzug der Falcidischen Quart in Betracht kommt, dann wird die Mora wenigstens mit dem rechtskräftigen Urtheil anfangen. In dieser Uebersicht möglicher Fälle erwähnt er der L. C. gar nicht, so daß er diesen Zeitpunkt gar nicht als erheblichen Moment zur Begründung der Mora ansieht; er erwähnt auch selbst die Anstellung der Klage nicht, ohne Zweifel indem er den in solchen Fällen gewöhnlichen Hergang, die außergerichtliche Aufforderung, voraussetzt.

Wie verbreitet also die Behauptung neuerer Schriftsteller von einem allgemeinen und nothwendigen Anfang der Mora mit der L. C. auch seyn möge, so hat sie doch weder in der Natur der hier einschlagenden Verhältnisse, noch in den Quellen des R. R. irgend einen haltbaren Grund (g). Etwas anders verhält es sich in der letzten Hinsicht mit der mala fides.

(f) *L.* 3 *pr. de usur.* (22. 1).

(g) Gewöhnlich berufen sich die Vertheidiger der aus der L. C. entspringenden Mora auf *L.* 82

B. *Mala fides.*

Es finden ſich zwei Stellen des Ulpian, welche die mala fides als nothwendige, unzertrennliche Folge des bloßen Rechtsſtreits ſo beſtimmt auszuſprechen ſcheinen, daß die hierauf gleichfalls gerichtete Behauptung vieler neueren Schriftſteller darin eine ſcheinbare Rechtfertigung findet (h):

§ 1 *de V. O.* (45. 1, ſ. o. Note d), die man allerdings ſo verſtehen könnte, als ob jeder Beklagte durch den bloßen Entſchluß zum Rechtsſtreit in eine Mora verfiele. Nur muß man bei dieſer Erklärung ganz vergeſſen, was aus den umgebenden übrigen Stellen (Note d) und aus allgemeinen Rechtsgrundſätzen unwiderſprechlich folgt, und mit jener Erklärung durchaus nicht zu vereinigen iſt. Alles was man in der hier bekämpften Meinung als wahres Element etwa einräumen kann, iſt Folgendes. Die Mora iſt überhaupt der freieſten richterlichen Beurtheilung in jedem einzelnen Fall anheim gegeben (cum sit magis facti quam juris. *L.* 32 *pr. de usur.*). Der Richter kann alſo vielleicht finden, daß eine Mora vor allem Rechtsſtreit, oder daß ſie mit der Inſinuation, oder auch daß ſie mit der L. C. angefangen hat; dieſes Letzte etwa, wenn bei der L. C. die frivole, unredliche Prozeßführung ſicher hervorgetreten iſt. Daraus laſſen ſich mehrere ſcheinbare Antinomieen befriedigend auflöſen. So z. B. wenn der Anfang der Prozeßzinſen die einem Legatar zu zahlen ſind, bald der Mora, bald der L. C. zugeſchrieben wird (§ 271). Eben ſo bei der Verpflichtung des Schuldners, für den zufälligen Untergang der Sache einzuſtehen (§ 273).

(h) Andere, weniger entſcheidend lautende Stellen, wie *L.* 45 *de rei vind.* (6. 1) und *L.* 31 § 3 *de her. pet.* (5. 3) werden weiter unten (Note o) erwähnt werden. Am meiſten ſcheint ſich jenen Stellen durch unbedingten Ausdruck anzuſchließen *L.* 2 *C. de fruct.* (7. 51, d. h. *L.* 1 *C. Th. eod.*): „ex eo tempore, ex quo, re in judicium deducta, scientiam malae fidei possessionis accepit.“ Allein dieſe Worte, wie ſie in den meiſten Ausgaben lauten, laſſen doch eine zwiefache Deutung zu. Sie können heißen: Von der L. C. an, weil er dadurch in malam fidem kommt — oder auch, wenn er dadurch in malam fidem kommt. Anders noch ſtellt ſich die Sache, wenn man mit manchen Hſſ. und mit dem Theodoſiſchen Codex lieſt: malae possessionis (ohne fidei;

1. „post litem contestatam *omnes incipiunt malae fidei possessores esse:* quinimo post controversiam motam (i).
2. „ex quo quis scit a se peti ... *incipit esse malae fidei possessor* ... si scit ... puto debere: *coepit enim malae fidei possessor esse*“ (k).

Dieſe Stellen ſind dadurch ſehr wichtig geworden, daß ſie auf die Ausbildung der Rechtstheorie in neueren Zeiten überwiegenden Einfluß ausgeübt haben, wobei nur allzuſehr das Bedürfniß unbeachtet geblieben iſt, ſie mit allgemeinen Grundſätzen, ſo wie mit einer großen Zahl ganz anders lautender Stellen des R. R., in Einklang zu bringen. In jenen Stellen aber haben zwei eigenthümliche Meinungen ihre ſcheinbare Rechtfertigung gefunden: erſtlich die mala fides als allgemeine Folge des bloßen Rechtsſtreits; zweitens die Zurückführung dieſer Folge ſo wie mancher anderen, von der L. C. auf den Zeitpunkt, worin der Beklagte von dem Anſpruch Nachricht bekommt. Beide Meinungen machen eine ſorgfältige Prüfung nöthig. Die erſte iſt in ihren practiſchen Folgen weniger erheblich geworden, theils weil viele Wirkungen der mala fides mit denen der L. C. ohnehin zuſammentreffen, theils weil die einzelnen Wirkungen meiſt durch beſondere, unzweifelhafte

vgl. die Noten der Herrmannſchen Ausgabe). Nun iſt gar nicht von einem unredlichen Beſitz die Rede, ſondern von einem unſicheren, zweifelhaften; von dieſem Begriff wird noch unten die Rede ſeyn (Note p).

(i) *L.* 25 § 7 *de her. pet.* (5. 3).

(k) *L.* 20 § 11 *de her. pet* (5. 3).

Vorſchriften geregelt werden. Die zweite dagegen hat die Folge gehabt, daß die neueren Schriftſteller faſt allgemein angenommen haben, das R. R. ſelbſt habe ſchon manche der wichtigſten Wirkungen des Rechtsſtreits nicht mehr gerade an die L. C. angeknüpft; obgleich ſich auch in dieſer Annahme wieder die mannichfaltigſten Abſtufungen finden.

a) Mala fides als allgemeine Folge des bloßen Rechtsſtreits.

Dieſe Behauptung müſſen wir zunächſt nach allgemeiner Betrachtung entſchieden zurück weiſen. Die Unredlichkeit des Bewußtſeyns iſt, wie ſchon oben bemerkt wurde, eine reine Thatſache, die nur aus den Umſtänden jedes einzelnen Falls erkannt, nicht aus dem allgemeinen Daſeyn des bloßen Rechtsſtreits gefolgert werden kann. Sie wird alſo oft vor dem Rechtsſtreit vorhanden ſeyn, oft während des ganzen Rechtsſtreits fehlen, welches beſonders durch die Erwägung einleuchtend wird, daß ja der Beklagte mit Unrecht verurtheilt werden kann, und in dieſem Fall doch gewiß kein unredliches Bewußtſeyn gehabt hat. Eine Anknüpfung an die L. C. hat alſo gar keinen inneren Grund (l),

(l) Ganz verwerflich iſt die Erklärung von Bynkershoek obss. VIII. 12, die Römer hätten mit der Klage ſogleich ihre Beweisurkunden vorgelegt, daher ſey bei ihnen der Beklagte ſtets im Anfang des Rechtsſtreits von ſeinem Unrecht überführt worden. Allein ſehr viele Prozeſſe werden gar nicht aus Urkunden entſchieden, und eben ſo kann die Beweiskraft der vorgebrachten Urkunden oft zweifelhaft ſeyn, ja ſelbſt vom Richter mit Unrecht angenommen werden. Er folgert daraus, daß jene Annahme für uns nicht mehr gelte, und ſchließt daraus weiter ganz irrig, daß wir auch keine Prozeß-

und sie könnte also nur auf einer Fiction des Dolus beruhen, der gefährlichsten und willkührlichsten aller Fictionen, wovon sich anderwärts nirgend eine Spur findet.

Ganz in diesem Sinn entscheidet Paulus unsre Frage in einer speciellen Anwendung (m). Wenn nach der L. C. die mit einer hereditatis petitio oder einer Vindication eingeklagte Sache durch Zufall untergeht, so entsteht die Frage, ob der Beklagte als solcher unbedingt dafür Ersatz geben muß. Nach den Worten des oben angeführten Senatsschlusses konnte man Dieses bei der hereditatis petitio annehmen, und daher hatten es auch wirklich Manche, und selbst bei der Vindication, angenommen. Paulus aber sagt, man müsse überall unterscheiden zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer. Der unredliche müsse für den Zufall einstehen, der redliche nicht, wofür der folgende sehr einleuchtende Grund angegeben wird:

„Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, *aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.*“

Hier ist ganz deutlich anerkannt, daß der redliche Besitzer durch die L. C. nicht zu einem unredlichen werde, und daß man ihm nicht zumuthen könne, die Verfolgung seines vermeintlichen Rechts zu unterlassen (n).

zinsen mehr annehmen dürften. Vgl. über einen ähnlichen Irrthum von Leyser oben Note c.

(m) *L. 40 pr. de her. pet.* (5. 3).

(n) Allerdings ist der Ausdruck dieser Stelle von dem Ausdruck der oben angeführten Stellen des Ulpian sehr verschieden, dennoch

Ich will es verſuchen, den Widerſpruch der angeführten Stellen des Ulpian mit allgemeinen Grundſätzen und mit anderen Stellen zu löſen oder zu vermitteln.

Dazu können zunächſt einige Momente dienen, die an ſich wahr, auch nicht unwichtig, aber doch für den eigentlichen Zweck noch nicht ausreichend ſind.

Erſtlich iſt ſchon oben bemerkt worden, daß die L. C. manche Wirkungen mit der mala fides gemein habe, und dieſe Gemeinſchaft in Wirkungen konnte wohl hier und da den nicht ganz vorſichtigen Ausdruck veranlaſſen, als ſey mit der L. C. die mala fides wirklich verbunden. Dieſe Erklärung iſt wohl auf manche, bisher noch nicht berührte, Stellen anwendbar (o); für die abſoluten Ausſprüche des Ulpian reicht ſie offenbar nicht aus.

Zweitens kann man eine relative mala fides als Folge der L. C. allerdings annehmen. Selbſt wenn nämlich der

iſt ein directer Widerſpruch nicht vorhanden. Ulpian ſpricht nicht von der ſpeciellen Frage wegen des zufälligen Untergangs, womit allein ſich hier Paulus beſchäftigt. Dagegen bezieht ſich die Controverſe, die Paulus erwähnt, zunächſt nur auf die Vindication, ſo daß die wörtliche Behauptung des Ulpian über die mala fides bei der L. C. in der hereditatis petitio von Paulus nicht berührt wird. Indeſſen iſt es unzweifelhaft, daß Paulus den Erſatz für den Zufall bei beiden Klagen von dem redlichen Beſitzer abwenden will.

(o) *L.* 31 § 3 *de her. pet.* (5. 3). Der redliche Beſitzer ſoll für Vernachläſſigungen der Sache bis zur L. C. nicht verantwortlich ſeyn: „postea vero et ipse praedo est,“ nämlich in Beziehung auf jene Verantwortlichkeit, ſo daß praedo est hier ſo viel heißt als: praedonis loco est. — *L.* 45 *de rei vind.* (6. 1). — Ganz beſonders aber *L.* 25 § 7 *de her. pet.* (5. 3) in den Worten: „post motam controversiam omnes possessores pares fiunt, et *quasi praedones tenentur.*“

Beklagte die feste Ueberzeugung von seinem guten Recht hat, so kann er sich doch nicht die Möglichkeit verbergen, den Prozeß zu verlieren. Wenn er sich daher durch Veräußerung oder Aufzehrung der Sache wissentlich außer Stand setzt, der möglichen Verurtheilung zu genügen, so liegt in diesen Handlungen (wenngleich nicht in der Fortsetzung des Besitzes selbst) eine Unredlichkeit, indem er in der Klage eine Aufforderung sehen mußte, sich solcher Handlungen zu enthalten (p); durch dieselben, wenn er sie dennoch vornimmt, verfällt er in die mala fides (q). Gerade in dieser Beziehung schreibt auch wirklich Ulpian dem ursprünglich redlichen Besitzer, von der L. C. an, die gleichartige Verantwortlichkeit mit einem praedo zu (r). Dennoch reicht auch die Wahrheit dieser Bemerkung nicht hin zur Erklärung der absoluten Behauptung Ulpians, daß jeder Beklagte von der L. C. an wirklich ein unredlicher Besitzer sey (s).

(p) *L.* 10 *C. de adqu. poss.* (7. 32) „ex interposita contestatione, et causa in judicium deducta, super jure possessionis *vacillet ac dubitet.*“ Vgl. oben Note h. über die L. 2 C. de fructibus.

(q) Diese richtige Bemerkung findet sich bei Glück B. 7 S. 547. bis 557 und Kierulff S. 277.

(r) *L.* 25 § 2 *de her. pet.* (5. 3) „ait Senatus: Eos, qui bona invasissent, ... etiamsi ante litem contestatam fecerint, *quo minus possiderent,* perinde condemnandos quasi possiderent.“ Zu diesen Worten des Sc. setzt der § 7 folgende Erklärung hinzu: „Si ante litem contestatam, inquit, fecerint. Hoc ideo adjectum, quoniam post litem contestatam omnes ... pares fiunt, et quasi praedones tenentur.“ Also von der L. C. an ist das willkührliche Aufgeben des Besitzes für alle Arten von Besitzern eine gleich unredliche und daher gleich verpflichtende Handlung.

(s) Ganz besonders erklären sich

Die eigentliche Löſung der Schwierigkeit liegt in der beſonderen Natur der Rechtsverhältniſſe, womit wir es hier, bei der Erbſchaftsklage, zu thun haben, und womit ſich ſowohl der Senatsſchluß von K. Hadrian, als Ulpian in den angeführten Stellen, beſchäftigt.

Der Senatsſchluß von Hadrian (das Sc. Juventianum) handelt unmittelbar nur von einer hereditatis petitio des Fiscus auf eine caduca hereditas, und er ſpricht dabei von zweierlei Beklagten: von redlichen Beſitzern, und daneben von denjenigen qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, welche von den alten Juriſten gewöhnlich praedones genannt werden. Unter dieſen praedones denkt man ſich meiſt gewöhnliche Diebe oder Räuber, aber ganz mit Unrecht. Die Sache hat vielmehr folgenden Zuſammenhang.

Nach uraltem R. R. war es Jedem überhaupt geſtattet, Erbſchaftsſachen, die der Erbe noch nicht in Beſitz genommen hatte, ſelbſt an ſich zu nehmen, und durch einjährige Uſucapion in ſein Eigenthum zu bringen. Man hatte bei dieſem ſeltſamen Rechtsinſtitut die Abſicht, den Erben zu einer recht ſchleunigen Beſitznahme und Vertretung der Erbſchaft zu bewegen (t). Solche Beſitzer nun hatten eine zweideutige Natur, und ſtanden gewißermaaßen in der Mitte

daraus nicht die Worte in *L.* 25 § 7 *de her. pet.* (5. 3) „post motam controversiam . . . *coepit scire rem ad se non pertinentem* possidere is qui interpellatur.“ Dieſes iſt für den wahrhaft redlichen Beſitzer augenſcheinlich unwahr.

(t) Gajus II. § 52—58.

zwiſchen redlichen und unredlichen Beſitzern. Sie wußten, daß ſie kein wirkliches, gegenwärtiges Recht, ſowie ein wahrer Erbe, auf die Sachen hatten (cum scirent ad se non pertinere), aber ſie handelten doch in Kraft einer allgemeinen geſetzlichen Befugniß, ſie konnten glauben, es werde Niemand die Erbſchaft antreten wollen, ja ſie hatten die Ausſicht, in ſehr kurzer Zeit wahre Eigenthümer durch Uſucapion zu werden. Der Zuſtand derſelben wurde noch verwickelter und zweifelhafter durch dieſelbe Verordnung von Hadrian, indem nunmehr der wahre Erbe auch nach vollendeter Uſucapion die Erbſchaftsſachen durch eine Art von Reſtitution abfordern konnte (u).

Die Lage, und beſonders das Bewußtſeyn ſolcher Beſitzer mußte durch eine angeſtellte Klage von Grund aus verändert werden. Die bis zu dieſer Zeit mögliche Meinung, daß Niemand ſich der Erbſchaft annehmen wolle, war ſelbſt durch die neue Verordnung nicht ausgeſchloſſen. Sobald aber ein Kläger (ſey es der Erbe, oder der Fiscus) gegen ſie auftrat, hörte die bisherige halbe Redlichkeit ihres Bewußtſeyns auf, und ſie wurden nun in der That unredliche Beſitzer im vollen Sinne des Worts. Auch mußte dieſe Veränderung eintreten, nicht erſt von der L. C. an, ſondern ſobald ihnen die wirkliche Anſtellung einer Klage bekannt wurde.

Daß nun gerade von dieſem eigenthümlichen Rechtsverhältniß in dem Senatsſchluß von Hadrian die Rede war,

(u) Gajus II. § 58.

iſt nach mehreren Stellen ganz unzweifelhaft (v), und hieraus erklären ſich die oben mitgetheilten abſoluten Aeußerungen des Ulpian über die durch den Prozeß bewirkte mala fides des Beklagten auf ganz einfache Weiſe. Ich muß einräumen, daß nicht bei allen hier einſchlagenden Stellen die Unterſcheidung der eben bemerkten verſchiedenen Arten von Beſitzern völlig erkennbar und unzweifelhaft durchzuführen iſt. Es muß aber wohl erwogen werden, daß wir die Stellen des Senatsſchluſſes nur durch die unvollſtändigen Auszüge des Ulpian, und die Stellen des Ulpian nur durch die unvollſtändigen Auszüge der Compilatoren kennen. Daher muß es ganz dahin geſtellt bleiben, ob die für uns vorhandene Zweideutigkeit des Ausdrucks, und insbeſondere die nicht überall ſichtbare Unterſcheidung der wahrhaft redlichen Beſitzer von jenen zweideutigen, aus einer urſprünglich ungenauen Rede der Verfaſſer, oder aus der Unvollſtändigkeit der überlieferten Auszüge hervorgegangen iſt.

Nimmt man dieſe Erklärung an, und erwägt man zugleich, daß jenes eigenthümliche Rechtsverhältniß ſchon im Juſtinianiſchen Recht völlig verſchwunden war, ſo iſt es einleuchtend, daß aus den angeführten Stellen des Ulpian für die mala fides als allgemeine, auf alle Arten von Klagen anwendbare Folge der L. C. durchaus kein Beweis geführt werden kann.

b) Zurückführung der Folgen der L. C. auf den Zeit-

(v) *L.* 20 § 6, *L.* 25 § 2. 3. 5. 6 *de her. pet.* (5. 3).

punkt, worin der Beklagte von dem Anspruch Nachricht bekommt.

Diese wichtige Aenderung wird in folgenden ganz deutlichen Worten des Senatsschlusses von Hadrian aufgestellt, worauf sich die Erklärungen des Ulpian beziehen (w):

> Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denunciatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset, censuerunt.

Diese Abweichung von so vielen anderen Aussprüchen des R. R. ist aus folgenden zwei, von einander ganz unabhängigen, Umständen zu erklären.

Erstlich, aus der ganz eigenthümlichen Lage des eben erwähnten, nur bei der hereditatis petitio vorkommenden praedo, dessen entschiedene mala fides allerdings schon von der ihm bekannt gewordenen Anstellung der Klage angenommen werden mußte. Von diesem Umstand ist so eben schon ausführlich geredet worden.

Zweitens daraus, daß der Senatsschluß von Hadrian nur von Fiscalklagen auf verfallene Erbschaften handelte. Diese Fiscalklagen wurden aber nicht im ordentlichen Prozeß vor den gewöhnlichen Obrigkeiten, in welchem allein eine wahre L. C. vorkommen konnte, sondern extra ordinem vor den Fiscalbeamten verhandelt, und es bedurfte also dabei eines Surrogates für die L. C. (§ 257). Dieses

(w) *L.* 20 § 6 *de her. pet.* (5. 3), verglichen mit § 11 *eod.* und *L.* 25 § 7 *eod.*

Surrogat, welches man bei allen extraordinären Prozeſſen aufzuſuchen hatte, wurde in dieſem Fall durch den Senatsſchluß ſelbſt in den Zeitpunkt geſetzt, in welchem entweder eine denunciatio, oder eine evocatio litteris vel edicto eingetreten war; dieſes war eine ganz poſitive Beſtimmung, die aus der allgemeinen Natur der extraordinären Klagen keineswegs folgte (§ 257), und die einen fiscaliſchen Character hat.

Die beiden eben angeführten Umſtände, woraus ſich die Beſtimmung eines beſonderen Zeitpunktes, abweichend von der L. C., befriedigend erklärt, ſind ſchon dem Juſtinianiſchen Recht völlig fremd, und es kann daher in der That aus dieſen Stellen nicht bewieſen werden, daß im Sinn des Juſtinianiſchen Rechts ein anderer Zeitpunkt als der der L. C. für irgend eine Wirkung anzunehmen ſey.

Auch wenn man die hier verſuchte Löſung mit ihren Folgen nicht annehmen wollte, ſo kann doch auf keine Weiſe die Art gebilligt werden, wie die meiſten neueren Schriftſteller die hier unterſuchten Stellen des Ulpian zu behandeln pflegen. Man betrachtet nämlich meiſt den wörtlichen Inhalt dieſer Stellen als die entſcheidende, für alle Klagen überhaupt anwendbare, Regel des neueſten Rechts, und ignorirt daneben die ſehr zahlreichen übrigen Stellen, die damit geradezu im Widerſpruch ſtehen, indem ſie noch immer die L. C. als den entſcheidenden Zeitpunkt für die im Rechtsſtreit eintretenden Wirkungen anerkennen. Dieſes Verfahren aber muß als willkürlich und unkritiſch ſchlechthin verworfen werden. Man kann ſich auch nicht mit der

Annahme helfen, als ob hierin eine Controverse der alten Juristen, oder etwa ein Verhältniß des neueren Rechts zu einem abgeschafften älteren Rechtsgrundsatz vorläge. Denn die Stellen, worin die L. C. als entscheidender Zeitpunkt angegeben wird, rühren theilweise aus derselben Zeit, ja von demselben Ulpian her, aus dessen Stellen man beweisen will, daß ein anderer und früherer Zeitpunkt allgemein an die Stelle der L. C. gesetzt worden sey.

Wollte man sich hierin genau an den Buchstaben des Justinianischen Rechts halten, so würde doch nur folgende Annahme übrig bleiben. Bei der Erbschaftsklage müßte, abweichend von allen übrigen Klagen, ein etwas früherer Termin für den Anfang der materiellen Wirkungen des Rechtsstreits angenommen werden: nämlich anstatt der L. C. schon die Bekanntmachung der erhobenen Klage, also die Insinuation. Allein bei dieser Behauptung muß man zugeben, daß diese Eigenthümlichkeit ihren Grund hatte, nicht in der inneren Natur jener Klage selbst, sondern in historischen Umständen, die zu Justinians Zeit längst verschwunden waren, so daß die Aufbewahrung dieser Eigenthümlichkeit in den Digesten in jedem Fall (auch wenn man sie noch als practisches Recht gelten lassen will) zu den mancherlei Inconsequenzen zu rechnen ist, die den Compilatoren zum Vorwurf gereichen (x).

(x) Der Senatsschluß von Hadrian nämlich, der ursprünglich nur für die fiscalische hereditatis petitio, also für eine publica causa, eingeführt war, wurde nachher auch auf die Erbrechtsklage der

Es iſt hier gezeigt worden, welche Schwankungen ſchon in die Aeußerungen der alten Juriſten aus beſonderen hiſtoriſchen Veranlaſſungen gekommen ſind, und wie ſich dieſe in die neuere juriſtiſche Literatur fortgepflanzt haben, darin aber durch mancherlei Misverſtändniſſe noch erweitert worden ſind. Dabei iſt es lehrreich zu ſehen, welchen Einfluß wiederum dieſe Literatur des gemeinen Rechts auf die neuere Geſetzgebung gehabt hat, obgleich man hier freie Hand hatte, diejenigen Beſtimmungen zu treffen, die dem inneren Bedürfniß angemeſſen waren.

Das Preußiſche Allgemeine Landrecht hat dieſe Lehre in den Titel vom Beſitz aufgenommen, und hier in folgender Weiſe behandelt (y).

Es wird daſelbſt in eben ſo abſoluten Ausdrücken, wie es oben in einigen Stellen des Ulpian über die hereditatis petitio nachgewieſen worden iſt (Note h. k) dem Rechtsſtreit an ſich die Wirkung zugeſchrieben, den Beklagten in den Zuſtand eines unredlichen Beſitzers zu verſetzen, und zwar wird der Anfang dieſes Zuſtandes, wenn nur

Privatperſonen angewendet und dadurch zum gemeinen Recht gemacht (*L.* 20 § 6. 11 *de her. pet.*, 5. 3); ob aber in allen ſeinen Theilen, oder nur in denen, die in der That auch auf Privatkläger paßten, kann bezweifelt werden. Die Beſtimmung des § 6: aut denunciatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset ſcheint doch auf Privatklagen gar nicht zu paſſen, während andere Beſtimmungen, z. B. über das dolo facere quo minus possiderent, und die verſchiedene Behandlung des bonae fidei und malae fidei possessor, überall anwendbar ſind.

(y) A. L. R., Th. 1 Tit. 7. Die ſehr merkwürdigen Materialien zu dieſem Titel ſind abgedruckt in: Simon u. Strampff Zeitſchrift für preußiſches Recht B. 3. Berlin 1836. 8.

nicht ein früheres unredliches Bewußtseyn nachgewiesen werden kann, mit der Insinuation der Klage angenommen.

§. 222. „Wenn kein früherer Zeitpunkt der Unredlichkeit des Besitzes ausgemittelt werden kann, so wird der Tag der dem Besitzer durch die Gerichte behändigten Klage dafür angenommen."

Dieser Ausspruch stimmt mit der Lehre vieler neuerer Romanisten wörtlich überein. Man ist jedoch bei der Bearbeitung des Preußischen Gesetzes erst allmälig auf diese Vorschrift gekommen. In irgend einem älteren Entwurf war der Zeitpunkt des eröffneten Urtheils als Anfang der Unredlichkeit angenommen worden. Dieser Bestimmung widersprach Tevenar, indem er behauptete, jeder nicht rechtmäßige Besitzer könne und solle aus der insinuirten Klage sein Unrecht abnehmen, und wenn er es nicht einsehen wolle, so verdiene diese Verstockung keine Schonung (z). Dazu bemerkte Suarez: „damit bin ich völlig einverstanden," entkräftete aber sogleich diese Bestimmung durch den Zusatz: „Übrigens ist es ja dem Richter überlassen, den Anfang der Unredlichkeit nach den Umständen auch anders zu bestimmen."

(z) Simon a. a. O., S. 171. — Diese ganz willkührliche Behauptung wird durch die sehr gewöhnliche Erfahrung widerlegt, daß viele Beklagte, die am Ende verurtheilt werden, dennoch den Prozeß mit fester Ueberzeugung von ihrem Recht durchführen. Wer hieran zweifeln wollte, möge doch erwägen, wie oft in Richtercollegien verschiedene Meinungen über Freisprechung oder Verurtheilung vorkommen. Was nun die Minorität redlich glaubt, muß wohl auch dem Beklagten zu glauben gestattet werden.

Ganz im Sinn dieſer letzten Äußerung wurde nun die Vorſchrift in dem gedruckten Entwurf des Geſetzbuchs ſo gefaßt (aa):

„Wenn kein früherer oder ſpäterer Zeitpunkt der Unredlichkeit des Beſitzes ausgemittelt worden, ſo wird der Tag der .. Behändigung der Klage dafür angenommen."

Dadurch wurde der Inſinuation die Kraft einer ziemlich unſchuldigen und wirkungsloſen Präſumtion beigelegt, und Alles in des Richters freies Ermeſſen geſtellt. Allein dagegen wurden wieder große Bedenken erhoben; Goßler behauptete, mit anderen Mouenten, Ueberzeugung ſey ein Internum, worauf der Geſetzgeber ſich nicht einlaſſen könne; daher müſſe das Geſetz den Anfang der Unredlichkeit unabänderlich beſtimmen, und die Alternative („oder ſpäterer") müſſe weggelaſſen werden (bb). So iſt es denn auch in dem A. L. R. geſchehen, wie die oben abgedruckte Stelle zeigt, worin die früher vorgeſchlagene Präſumtion nunmehr die Natur einer abſoluten Vorſchrift, einer Fiction der mala fides, angenommen hat, ganz übereinſtimmend mit den ſo eben vorgelegten Motiven dieſer Abänderung. — Wie wenig aber damit die Sache zu ſicherer Entſcheidung und zu klaren, feſten Begriffen gebracht war, zeigt folgende Äußerung von Suarez (cc). Er unterſcheidet dreierlei

(aa) Entwurf eines Geſetzbuchs für die Pr. Staaten Th. 2 (1787) Tit. 4 § 153.

(bb) Simon S. 321. 322.

(cc) Simon S. 330 No. 2. (Vgl. auch ebendaſelbſt S. 633). — Die in dieſer Äußerung von Suarez zuſammengeſtellten ſubtilen Un-

mögliche Zustände in dem Bewußtseyn des Besitzers: 1. unredlicher Besitzer; dahin gehört jeder, dem die Klage insinuirt ist; ferner jeder, der seinen Besitz aus einem verschuldeten factischen Irrthum für rechtmäßig hält; endlich jeder, der bei Erlangung des Besitzes an der Rechtmäßigkeit zweifelt; 2) Besitzer, der es weiß, daß seine Possession unrechtmäßig sey (d. h. der wahre malae fidei possessor); 3. betrüglicher Besitzer, d. h. der dolose zum Besitz gelangt ist. Zu allen diesen kommt aber noch (als eine ganz besondere Klasse) der Besitzer, der durch eine strafbare Handlung zum Besitz gelangt ist (dd).

Alle diese Bestimmungen schließen sich in der Hauptsache (nur mit etwas subtileren Unterschieden) an die Auffassung neuerer Romanisten an, welche gleichfalls die Fiction einer mala fides auf den Anfang des Rechtsstreits gründen (ee). So wie bei diesen, hat auch im A. L. R. die erwähnte Fiction keinen anderen Zweck, als einen Rechtsgrund abzugeben für die Verpflichtung des Beklagten, die während des Rechtsstreits bezogenen Nutzungen (die omnis causa) heraus zu geben (ff). Die Aehnlichkeit der Auf-

terscheidungen sind denn auch in das A. L. R., nicht zu dessen Vortheil, übergegangen: Th. 1 Tit. 7 § 11—17. 222. 229. 239—242.

(dd) Simon S. 332 No. 12.

(ee) Wollte man noch etwa bezweifeln, daß Suarez mit der von ihm fingirten mala fides durchaus nicht etwas Neues einzuführen vermeinte, sondern lediglich an das damals bestehende R. R. dachte, so würde dieser Zweifel durch zwei andere von ihm herrührende Äußerungen gänzlich beseitigt werden. Kamptz Jahrbücher B. 41 S. 8. 9.

(ff) A. L. R. § 223—228, verbunden mit § 222.

faſſung zeigt ſich auch darin, daß das Preußiſche Recht (ſo wie jene neuere Romaniſten) aus dem Anfang des Rechtsſtreits die Mora, eben ſo wie die Fiction der Unredlichkeit, entſpringen läßt, und an die Mora dieſelben Wirkungen knüpft, welche aus dem unredlichen Beſitz entſpringen (gg).

Die entſchiedene Abweichung dieſer ganzen Auffaſſung von dem wahren R. R. beſteht aber darin, daß das R. R. den Rechtsſtreit als ſolchen, den es in der L. C. gleichſam perſonificirt, zum Entſtehungsgrund einer eigenthümlichen Obligation macht, unabhängig von unredlichem Beſitz und von Mora, die daneben vorhanden ſeyn können oder nicht. Dieſe eigenthümliche Obligation des R. R. wird im A. L. R. ignorirt. Die practiſche Folge, daß die omnis causa geleiſtet werden muß, iſt hier wie dort dieſelbe, und in ſofern hat allerdings dieſe Abweichung eine mehr theoretiſche als practiſche Natur. Gerade daraus aber erhellt um ſo mehr, daß dieſe Abweichung im A. L. R. nicht mit Bewußtſeyn, in der Abſicht einer practiſchen Verbeſſerung, vorgenommen worden iſt. Aus den oben angeführten Stellen der Materialien geht auch klar hervor, daß man ſich im Ganzen an die damals herrſchende Lehre des gemeinen Rechts anſchließen, und dieſe höchſtens etwas genauer beſtimmen wollte.

(gg) A. G. O., Th. 1 Tit. 7 § 48. d, und A. L. R. Th. 1 Tit. 16 § 18. Ohne Zweifel aber ſoll hier in den Wirkungen die Mora nur dem unredlichen Beſitz des § 222 (I. 7.) gleich geſtellt werden, d. h. alſo der leichteſten Art des unredlichen Beſitzes überhaupt (nach der Auffaſſung von Suarez ſ. o. Note cc).

§. 265.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. a) Erweiterungen.

Die Wirkung der L. C. auf den Umfang der Verurtheilung äußert sich zunächst in den Erweiterungen, welche zu dem ursprünglichen Gegenstand des Rechtsstreits nach der L. C. hinzutreten können, und deren Werth dem Kläger für den Fall der Verurtheilung verschafft werden soll (§ 264). Es ist hier zuerst eine Uebersicht über die verschiedenen Arten solcher Erweiterungen zu geben, dann aber die Behandlung derselben bei den einzelnen Klassen der Klagen zu bestimmen.

Die Erweiterungen lassen sich auf zwei Hauptarten zurück führen, die ich als Früchte (regelmäßigen Erwerb) und zufälligen Erwerb bezeichne.

Der ursprüngliche Begriff der Frucht steht in Verbindung mit den Gesetzen der organischen Natur. Was nach diesen Gesetzen aus einer Sache erzeugt wird, heißt eine Frucht dieser Sache.

Dieser an sich bloß natürliche Begriff bekommt eine juristische Bedeutung durch folgende Eigenschaften solcher Erzeugnisse. Sie sind einer periodischen Wiederholung empfänglich, auf welche mit mehr oder weniger Sicherheit gerechnet werden kann. Daher ist diese Fähigkeit zur Fruchterzeugung dasjenige, wodurch die fruchttragende Sache vorzugsweise (oft ganz allein) Werth für den Verkehr be-

Tradition (d). Sie ſtehen alſo gleich Anfangs zu dem Erwerber in demſelben Verhältniß, wie die organiſchen Früchte nach der Veräußerung, d. h. ſie haben von Anfang an die Natur der fructus consumti.

Mit der erwähnten beſonders wichtigen Eigenſchaft aller Früchte, nach welcher auf ſie eine regelmäßige Erwartung, eine wahre Berechnung, gerichtet werden kann, ſteht noch folgender Rechtsbegriff in Verbindung. Wer durch das fruchttragende Vermögensſtück in der Lage iſt, Früchte zu erwerben, kann dieſe Fähigkeit entweder gebrauchen, oder auch (abſichtlich oder aus Unthätigkeit) unbenutzt laſſen. Dieſe Unterlaſſung iſt an ſich eben ſo gleichgültig, wie jede andere verſtändige oder unverſtändige Behandlung des Eigenthums. Sie kann aber eine juriſtiſche Bedeutung bekommen, wenn der Unterlaſſende in einem beſonderen Rechtsverhältniß ſteht, das ihn zur Sorgfalt verpflichtet. Dieſen Fall bezeichnen neuere Schriftſteller durch den Ausdruck fructus percipiendi, welcher weder römiſch noch an ſich zweckmäßig iſt (e). Ich werde dafür den Ausdruck: verſäumte Früchte gebrauchen.

(d) Das Product der Sclavenarbeit wurde bei den Römern erworben in Folge des allgemeinen Grundſatzes, nach welchem alle zum Erwerb geeignete Handlungen eines Sclaven dem Herrn zu gut kommen konnten und mußten; alſo nicht eigentlich durch ein Rechtsgeſchäft, aber doch vermöge einer poſitiven Rechtsregel.

(e) Ich will nicht ſagen, daß an ſich die Zuſammenſetzung dieſer beiden Ausdrücke unlateiniſch ſey, allein als techniſche Bezeichnung des oben angegebenen Verhältniſſes kommt ſie bei den Römern niemals vor, welche ſtets Umſchreibungen dafür gebrauchen. Der Ausdruck iſt auch unpaſſend, weil er an ſich auch auf die nur noch nicht

Unter den zufälligen Erwerb aus schon vorhandenen anderen Vermögensstücken werden wir alle diejenigen Fälle zu rechnen haben, in welchen die oben angegebenen Eigenschaften der Früchte fehlen, so daß namentlich ihre regelmäßige Entstehung nicht der Grund ist, um dessen Willen wir die Hauptsache zu haben pflegen. Dahin gehören folgende Fälle: Die Erweiterung eines Grundstücks durch Alluvion u. s. w. Die Bereicherung durch Poenalklagen, in Folge der an unsren Sachen verübten Verletzungen. Ferner bei den Römern der Erwerb eines Herrn aus den Erbschaften oder Legaten, welche seinen Sclaven hinterlassen wurden, so wie der Eigenthums-Erwerb des Herrn an den von seiner Sclavin gebornen Kindern (f).

Alle diese Gegenstände kommen für unsre gegenwärtige Untersuchung in sofern in Betracht, als sie wegen ihrer Entstehung während eines Rechtsstreits auf den Umfang der Verurtheilung in der Hauptsache Einfluß haben können. Es darf aber dabei nicht übersehen werden, daß dabei auch noch andere Rechtsverhältnisse und selbstständige Klagen in

abgesonderten, selbst auf die unreifen Früchte paßt, so daß das entscheidende Moment des Versäumnisses oder der Unterlassung und des daraus entspringenden Verlustes, darin gar nicht angedeutet ist.

(f) Allerdings stehen nach natürlicher Betrachtung die Sclavenkinder zu der Mutter in demselben organischen Verhältniß, wie die Jungen der Thiere. Der Grund, weshalb sie nicht als Früchte angesehen wurden, lag darin: „quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur, ut pariant.“ (*L. 27 pr. de her. pet.* 5. 3). Das war die Ansicht der Römer, als sie noch nichts von Christenthum wußten. Bekanntlich haben die christlichen Einwohner der Nordamerikanischen Sclavenstaaten andere Ansichten und Gewohnheiten.

Betracht kommen können: insbeſondere bei den organiſchen Früchten, wenn ſie von der Hauptſache abgeſondert ſind, eigene Vindicationen, oder, als Surrogate derſelben Condictionen (g).

Wenn nun behauptet wird, daß irgend ein Anſpruch auf ſolche Gegenſtände Wirkung der L. C. ſey, ſo ſetzt dieſe Behauptung nothwendig voraus, daß, abgeſehen von der L. C. und vor derſelben, dieſer Anſpruch gar nicht, oder doch nicht in gleichem Umfange, vorhanden ſey. Dieſe Differenz, worin die eigenthümliche Wirkung der L. C. beſteht, muß für jeden einzelnen Fall genau angegeben werden.

§. 266.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — a. Erweiterungen. (Fortſetzung.)

Es iſt jetzt zu unterſuchen, wie die Erweiterungen, deren Natur im § 265 angegeben worden iſt, auf die einzelnen Klaſſen der Klagen anzuwenden ſind. Dabei muß zum Grund gelegt werden die Unterſcheidung der Klagen in rem von den perſönlichen Klagen.

A. Klagen in rem.

1. Eigenthumsklage, das heißt die rei vindicatio der Digeſten, oder die petitoria formula bei Gajus, welche eine arbitraria actio, alſo eine Klage der freieſten Art war.

(g) S. o. B. 5 S. 524 Note b.

2. Erbschaftsklage, d. h. die hereditatis petitio der Digesten, oder die petitoria formula in Beziehung auf Erbschaften.

Beide Klagen müssen hier zusammengefaßt werden, theils weil sie nur in dieser Verbindung richtig beurtheilt werden können, theils weil in der umfassendsten Stelle ausdrücklich bezeugt wird, daß für beide die hier vorliegende Frage völlig gleich zu beantworten sey (a). Im Allgemeinen wird die Regel aufgestellt, daß die Verurtheilung auch die omnis causa umfassen müsse, also sowohl Früchte im ausgedehntesten Sinn des Worts, als auch den zufälligen Erwerb, welcher nicht die Natur von Früchten hat (b).

Der Einfluß der L. C. auf die Anwendung dieser Regel ist auf folgende Weise zu bestimmen (c):

a) der redliche Besitzer soll sich bereichern dürfen durch alle vor der L. C. gewonnene Früchte, nur mit Ausnahme derjenigen organischen Früchte, welche noch zur Zeit der L. C. in Natur vorräthig sind. — Dagegen soll Derselbe, von der Zeit der L. C. an, nicht nur den Werth der verzehrten und veräußerten, sondern auch den Werth der versäumten Früchte ersetzen.

Hier ist also die Wirkung der L. C. sehr bedeutend, und der Grund derselben liegt in dem obligatorischen Verhältniß der L. C., welches ihn nöthigt, die Sache als eine

(a) § 2 *J. de off. jud.* (4. 17). *L.* 25 § 9, *L.* 27 *pr.*, *L.* 29 *de her. pet.* (5. 3).
(b) Für die Eigenthumsklage: *L.* 17 § 1, *L.* 20. 35 § 1 *de rei vind.* (6. 1). — Für die Erbrechtsklage: *L.* 22 *C. de rei vind.* (3. 32).
(c) § 2 *J. de off. jud.* (4. 17),

vielleicht fremde anzusehen und zu verwalten, und dabei für seine Culpa einzustehen (d).

b) Daß der unredliche Besitzer, von der L. C. an, ebenso strenge Verpflichtungen hat wie der redliche, versteht sich von selbst. Bei ihm aber wird dieselbe Strenge auch für die ganze Dauer des Besitzes vor der L. C. geltend gemacht, so daß hierin an die L. C. gar keine praktische Wirkung mehr angeknüpft ist. — Indessen war Dieses bei dem unredlichen Besitzer nicht der ursprüngliche Grundsatz; vielmehr sollte er vor der L. C., weil er noch in keinem obligatorischen Verhältniß stand, nicht für die versäumten Früchte einstehen. Erst das Sc. Juventianum verordnete, daß bei der Erbschaftsklage der unredliche Besitzer vom Anfang seines Besitzes an so beurtheilt werden sollte, als ob er in einem obligatorischen (offenbar delictartigen) Verhältniß gestanden hätte. Man nannte dieses den dolus praeteritus (e), und folgerte daraus u. a. auch die Verpflichtung, für die vor der L. C. versäumten Früchte Entschädigung zu leisten (f). Diese gegen den unredlichen Besitzer neu eingeführte Strenge, wodurch für ihn die L. C. ihren practischen Einfluß verlor, wurde dann durch die

(d) § 2 *J. de off. jud.* (4. 17) „qui *culpa possessoris* percepti non sunt." — *Paulus* I. 13 A. § 9: „Hi fructus in restitutione praestandi sunt petitori, *quos unusquisque diligens paterfamilias et honestus colligere potuisset.*"

(e) *L.* 20 § 6, *L.* 25 § 2. 7, *L.* 13 § 2 *de her. pet.* (5. 3).

(f) *L.* 25 § 4. 9 *de her. pet.* (5. 3).

alten Juriſten von der Erbſchaftsklage auch auf die Eigenthumsklage ausgedehnt (g).

Die hier aufgeſtellten Grundſätze über die Wirkung der L. C. bei der Eigenthumsklage waren ihrem Princip nach keine neue Erfindung der Römiſchen Juriſten, ſondern bloß die genauere Entwicklung uralter Rechtsregeln. Dieſe ſind anerkannt ſchon in den alten praedes litis et vindiciarum (h), in welchem Kunſtausdruck vindiciae die Früchte bedeutet. Daneben galt im älteren Recht ſogar noch eine Verpflichtung des Beklagten zum doppelten Erſatz der Früchte, welche jedoch im neueſten Recht ſpurlos verſchwunden iſt (i).

3. Die actio ad exhibendum iſt zwar eine perſönliche Klage, wird aber in Hinſicht auf die hier vorliegende Frage ganz nach den Grundſätzen der Eigenthumsklage beurtheilt (k). Daſſelbe gilt von folgenden Klagen:

4. A. finium regundorum (l).

5. A. confessoria (m).

6. A. hypothecaria (n).

(g) *L.* 27 § 3 *de rei vind.* (6. 1).

(h) Gajus IV. § 91. 94.

(i) Paulus V. 19 § 2, *L.* 1 *pr. C. Th. de us. rei jud.* (4. 19), *L.* 1 *C. Th. de fruct.* (4. 18), aus welcher interpolirt iſt, die *L.* 2 *C. de fruct.* (7. 51); beide Texte zuſammengeſtellt bei Heimbach Lehre von der Frucht S. 160. — *L. Rom. Burg.* ed. Barkow Tit. 8 lin. 17—20, Tit. 35 lin. 11 bis 13. — Der ſehr dunkle Zuſammenhang dieſes Rechtsinſtituts ſoll hier nicht weiter verfolgt werden, da er auf das neueſte Recht ganz ohne Einfluß iſt. Vgl. darüber Heimbach S. 163—166.

(k) § 3 *J. de off. jud.* (4. 17), *L.* 9 § 5—8 *ad exhib.* (10. 4).

(l) *L.* 4 § 2 *fin. reg.* (10. 1).

(m) *L.* 5 § 4 *si ususfr.* (7. 6), *L.* 19 § 1 *de usur.* (22. 1).

(n) *L.* 16 § 4 *de pign.* (20. 1).

B. Persönliche Klagen.

Bei diesen kommt ein ganz anderes Verhältniß in Betracht, als bei den Klagen in rem. Da sie nämlich stets auf Obligationen beruhen, welche vor der L. C. vorhanden gewesen seyn müssen, so kommt es darauf an, welche Verpflichtung aus diesen Obligationen an sich, unabhängig von allem Rechtsstreit, hervorgeht. Da wo diese Verpflichtung schon vom Anfang der Obligation an auf Erstattung der Früchte führt, kann natürlich die L. C. nichts Neues hinzuthun, so daß von einer Wirkung der L. C. auf den Ersatz der Früchte nur bei denjenigen Obligationen die Rede seyn kann, welche nicht schon an sich einen solchen Ersatz begründen.

Die Grundlage der hier einschlagenden Regeln bildet nicht, wie in vielen andern Fällen, die Unterscheidung der stricti juris und bonae fidei actiones, sondern vielmehr folgende ganz andere Unterscheidung. Die persönlichen Klagen gehen entweder auf eine repetitio, d. h. auf die Wiedererlangung einer Sache oder eines Werthes die schon früher zu unserem Vermögen gehört haben, oder aber sie gehen auf einen unserem Vermögen bisher fremden Gegenstand (ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu) (o).

(o) Die hier aufgestellte wichtige Unterscheidung wird von Paulus durchgeführt in den zwei wichtigsten hier einschlagenden Stellen: 1. die *L.* 65 *de cond. indeb.* (12. 6) handelt blos von den Klagen auf repetitio. 2. *L.* 38 *de usuris* (22. 1) spricht von beiden Klassen von Klagen, stellt aber nicht den Gegensatz derselben an die Spitze,

1. Bei den Klagen auf repetitio gilt die Regel, daß die Früchte und andere Erweiterungen ſchon von Anfang an erſetzt werden müſſen, ſo daß in dieſer Hinſicht die L. C. ohne allen Einfluß iſt. Auch macht es dabei durchaus keinen Unterſchied, ob eine ſolche Obligation durch eine ſtrenge oder freie Klage verfolgt wird, wie denn namentlich die der condictio indebiti zum Grunde liegende Obligation von Anfang an, alſo vor allem Rechtsſtreit, und auch ohne Mora, den Fruchterſatz mit umfaßt (p).

2. Unter den Klagen auf einen bisher fremden Gegenſtand (quod meum non fuit) wurden die freien und ſtrengen Klagen unterſchieden.

a) Bei den freien Klagen dieſer Klaſſe galt, wie es ſcheint, von jeher und ohne allen Widerſtreit die Regel, daß Früchte erſtattet werden müßten (q). Hier aber war die Sache deswegen von keiner Erheblichkeit, weil meiſt der eigenthümliche Inhalt jeder beſonderen Obligation, und insbeſondere die Einwirkung der Mora, eine frühere Ver-

ſondern deutet ihn erſt an in dem § 7 (ſ. u. Note s), obgleich ſie ihn durchweg unverkennbar vorausſetzt.

(p) *L.* 65 *pr.* § 5. 7, *L.* 15 *pr. de cond. indeb.* (12. 6). Auf dieſelbe Klaſſe von Klagen bezieht ſich augenſcheinlich *L.* 38 *pr.* § 1—6, § 10 bis 15 *de usur.* (22. 1). Bloße Anwendungen auf das Interdict unde vi, und auf die actio pignoratitia finden ſich in *L.* 4 *C. unde vi* (8. 4), und *L.* 3 *C. de pign. act.* (4. 24). Allerdings können Zinſen mit der cond. indebiti nicht gefordert werden, welches jedoch unten beſonders erklärt werden wird.

(q) *L.* 38 § 15 *de usur.* (22. 1) „In ceteris quoque bonae fidei judiciis fructus *omnimodo* praestantur.“

pflichtung zum Fruchterſatz mit ſich führt, und alſo die Wirkung der L. C. abſorbirt (r).

b) Bei den ſtrengen Klagen (den Condictionen) war von Anfang der Obligation an keine Verpflichtung zum Fruchterſatz vorhanden, und ſelbſt die Mora erzeugte eine ſolche Verpflichtung nicht. Wenn alſo z. B. ein Landgut durch Stipulation verſprochen worden war, ſo konnte der Creditor nur das Landgut ſelbſt einklagen, nicht die ſeit der Zeit des Vertrags oder der Mora gezogenen Früchte, und es blieb alſo ihm überlaſſen, durch ſchleunige Anſtellung der Klage den möglichen Verluſt abzuwenden, der ihm aus der Anwendung dieſer Regel entſtehen konnte. Hier aber zeigte ſich eine wichtige Wirkung der L. C., indem von dieſer an die omnis causa geleiſtet werden mußte. Zwar auch dieſe Regel galt in der älteſten Zeit nicht; aber ſchon frühe (und wahrſcheinlich nach der Analogie der Eigenthumsklage) erkannte man die Billigkeit derſelben an, Sabinus und Caſſius erklärten ſich für dieſelbe, und ſie wurde dann allgemein angenommen (s).

(r) So z. B. bei dem Kauf *L.* 38 § 8 *de usur.* „Ex causa etiam emptionis fructus restituendi sunt.“ Hier kommt theils die Mora, theils die gegenſeitige Zahlung des Kaufpreiſes, alſo überhaupt die auf völlige Gegenſeitigkeit gerichtete Natur dieſes Vertrags, in Betracht. — Eben ſo wird bei Legaten und Fideicommiſſen bald die Mora, bald die L. C. als Anfangspunkt des Fruchterſatzes angegeben; die L. C. kann nur ſo gemeint ſeyn, wenn nicht ſchon früher eine Mora vorhanden war (§ 271).

(s) *L.* 38 § 7 *de usur.* (22. 1) „Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiam si mora facta sit. Quod si acceptum est judicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus

§. 267.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen (Fortsetzung. Versäumte Früchte).

Schon oben ist an mehreren Stellen die Rede gewesen von dem Ersatz für versäumte Früchte, oder die s. g. fructus percipiendi (§ 265. 266). Hierüber herrschen unter neueren Schriftstellern manche Misverständnisse, welche meist aus einer zu subtilen Behandlung des an sich einfachen Gegenstandes entstanden zu seyn scheinen. Darauf soll gegenwärtig näher eingegangen werden.

Eine sichere Grundlage für diese Untersuchung bildet der deutlich ausgesprochene Grundsatz, daß die Verpflichtung zum Ersatz solcher Früchte stets auf die Culpa des Besitzers, der sie zu gewinnen versäumte, zurückzuführen ist (§ 266. d). Jede Streitfrage in dieser Lehre kann also nur aus dem Daseyn oder dem Mangel einer solchen Culpa entschieden werden.

So hat man sich in neuerer Zeit viele, wie es scheint vergebliche, Mühe gegeben mit der Untersuchung der Frage, ob die unbenutzte Möglichkeit des Fruchtgewinnes nach der Person des Klägers oder nach der des Beklagten abzumessen sey. Manche wollen hierin zwischen der Eigenthumsklage und Erbschaftsklage unterscheiden (a), Andere zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer (b), noch

quoque post acceptum judicium praestandos putant, ut causa restituatur: quod puto recte dici."

(a) Buchholtz, Abhandlungen S. 13 — 15.

(b) Glück, B. 8 S. 262. 296. 298.

Andere behaupten ganz allgemein, daß lediglich auf die Person des Klägers gesehen werden müsse (c).

Nicht sowohl die eine oder die andere dieser Beantwortungen der erwähnten Frage, als vielmehr die Stellung der Frage selbst, ist verwerflich. Es liegt dabei die Voraussetzung zum Grunde, als ob die Fruchtgewinnung von besonderen persönlichen Geschicklichkeiten abhinge, welche bald bei dem einen, bald bei dem andern Theil gefunden oder vermißt werden könnten.

Nach dem eben aufgestellten Princip ist dieses ganze Verfahren grundlos. Alles kommt allein auf das Daseyn der Culpa in dem Benehmen des Besitzers an. Das Daseyn der Culpa aber wird nach allgemeinen bekannten Grundsätzen festgestellt durch die Vergleichung des persönlichen Benehmens jedes im einzelnen Fall zu beurtheilenden Schuldners mit demjenigen Thun und Lassen, welches in gleichem Fall von einem diligens paterfamilias zu erwarten gewesen wäre. Dem urtheilenden Richter also soll die allgemeine Handlungsweise eines besonnenen Mannes als Maaßstab dienen, wobei auf die Eigenthümlichkeit des Schuldners gar nichts ankommt (d). Allerdings wird in einigen Stellen die Verpflichtung zum Ersatz wörtlich davon abhängig gemacht, daß der Kläger hätte die Früchte ge-

(c) Heimbach, Lehre von der Frucht S. 168 — 170 S. 184.

(d) In wenigen und nicht bedeutenden Fällen wird auf die Individualität des Schuldners ausnahmsweise schonende Rücksicht genommen (diligentia quam suis rebus adhibere solet). Von einem solchen Fall ist hier gar nicht die Rede.

winnen können (e); allein in noch mehreren Stellen wird die Frage so gestellt, ob der Beklagte Dieses thun konnte oder sollte (f). Beide Arten des Ausdrucks haben aber ganz denselben Sinn, und werden daher mit Recht in willkührlicher, zufälliger Abwechslung gebraucht.

Daß in der That diese beide Arten die Frage aufzufassen gar nicht verschieden sind, folgt daraus, daß beide, verglichen mit dem allgemeinen Princip der Culpa keinen anderen Sinn haben als den: was in diesem Fall ein besonnener Hausvater wirklich gethan hätte. Da wo in unsren Rechtsquellen die für den Kläger vorhandene Möglichkeit der Fruchtgewinnung erwähnt wird, steht sie als Gegensatz gegen das, was der Beklagte wirklich gewonnen hat, welches dann für gleichgültig erklärt wird (g). In keiner Stelle wird die Möglichkeit für den Kläger der Möglichkeit für den Beklagten als etwas Verschiedenes gegenüber gestellt (h), sowie es die neueren Schriftsteller in ihrer Controverse fälschlich voraussetzen.

(e) *L.* 62 § 1 *de rei vind.* (6. 1), *L.* 39 § 1 *de leg.* 1. (30), *L.* 4 *C. unde vi* (8. 4).

(f) *L.* 25 § 4 *de her. pet.* (5. 3), *L.* 2 *C. de fruct.* (7. 51), *L.* 5 *C. de rei vind.* (3. 32), *L.* 1 § 1 *C. de her. pet.* (3. 31), *L.* 3 *C. de pign. act.* (4. 24).

(g) *L.* 4 *C. unde vi* (8. 4) „fructus etiam quos vetus possessor *percipere potuit*, non tantum quos praedo *percepit*.“

(h) Allerdings ist in diesem Sinn aufgefaßt worden *L.* 62 § 1 *de rei vind.* (6. 1) „constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset,“ und diese Stelle scheint fast allein das Misverständniß veranlaßt zu haben, als ob die Geschicklichkeit des Klägers mit der des Beklagten abzuwägen, und zwischen beiden Geschicklichkeiten als Maaßstab der Beurtheilung zu wählen wäre. Allein die Florentinische Lesart fruiturus sit, ist ohnehin

Ferner iſt in der neueſten Zeit behauptet worden, ein Erſatz für verſäumte Früchte ſey nur dann zu leiſten, wenn die Früchte wirklich vorhanden waren, und der Beſitzer ſie einzuſammeln unterließ; dagegen ſoll ihn kein Vorwurf und keine Verpflichtung treffen, wenn er die Anſtalten unterläßt, ohne welche eine Entſtehung der Früchte unmöglich iſt (i). Daher würde die unterlaſſene Erndte einen Anſpruch auf Erſatz begründen, die unterlaſſene Beſtellung des Feldes aber nicht.

Bei einer richtigen Anwendung unſres Princips von der Culpa, und bei der practiſchen Auffaſſung des ganzen Rechtsverhältniſſes, muß dieſe Meinung gänzlich verworfen werden. Wenn der Beſitzer eines Landgutes, der vorausſieht, daß er in der Eigenthumsklage unterliegen werde, obgleich dieſe durch mehrere Jahre hingezogen werden kann, die Aecker unbeſtellt läßt, und dadurch ohne allen Fruchtertrag bleibt, ſo kann man unmöglich ſagen, daß er das gethan habe, was ein diligens pater familias gethan hätte, ſo wie es doch Paulus fordert (§ 266. d). Es wird ferner ausdrücklich geſagt, daß der unredliche Beſitzer auch verantwortlich ſey wegen Unterlaſſung der für die Sache nöthigen Ausgaben (k), und es wird dabei

verwerflich und ſinnlos, da von einer Beurtheilung der Zukunft gar nicht die Rede ſeyn kann. Nimmt man aber die Vulgata fruitus sit an, die gar kein Bedenken hat, ſo verſchwindet ſelbſt jener ſchwache Schein völlig, und die Stelle ſagt dann wörtlich daſſelbe, wie die vorher angeführte Stelle des Codex (Note g).

(i) Heimbach, Lehre von der Frucht, S. 171 — 178.

(k) *L.* 31 § 3 *de her. pet.* (5. 3). „Sumtum ... si facere

durchaus nicht unterschieden zwischen Ausgaben für die Erhaltung der Sache selbst, oder für die Bestellung zur Fruchterzeugung.

Wenn man jene Behauptung auf die s. g. civilen Früchte anwendet, so würde sie zu folgender Unterscheidung führen. Der Besitzer wäre verpflichtet, Miethgeld und Zinsen einzukassiren, wenn die Contracte hierüber schon geschlossen sind; nicht verpflichtet, solche Contracte zu schließen, auch selbst an solchen Sachen, die ihrer Natur nach zum Vermiethen bestimmt sind. Nun wird aber gerade hiervon das Gegentheil ausdrücklich gesagt. Der unredliche Besitzer soll für versäumte Früchte einstehen, wenn er Sachen unvermiethet läßt, deren Vermiethung herkömmlich ist (l). Eben so soll der Erbe, wenn er die Auszahlung eines Geldlegats ohne Grund verzögert, davon landübliche Zinsen zahlen (m).

Sehr richtig wird dieses ganze Rechtsverhältniß in folgender Stelle der Westgothischen Interpretation beurtheilt (n):

debuit, nec fecit, culpae hujus reddat rationem."

(l) *L.* 62 *pr. de rei vind.* (6. 1) „Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area *quae locari solent*." — *L.* 19 *pr. de usur.* (22. 1) am Ende der Stelle.

(m) *L.* 39 § 1 *de leg.* 1. (30). Aus den landüblichen Zinsen folgt, daß nicht blos die Einkassirung, sondern auch das Ausleihen von dem Erben erwartet wird. Denn wäre die Rede von einem schon ausgeliehenen Capital, so würden nicht landübliche, sondern die im Contract versprochenen Zinsen gefordert werden.

(n) *Interpr. L.* 1. *C. Th. de fruct.* (4. 18).

quales per diligentem culturam consequi proprii domini utilitas potuisset.

Die ganze hier widerlegte Meinung ſcheint überhaupt nur aus einer zu buchſtäblichen Auffaſſung der Worte percipere und colligere hervor zu gehen, die freilich unmittelbar blos den Act des Einſammelns bezeichnen, dem Sinn nach aber auch die unerläßlichen vorbereitenden Handlungen mit in ſich ſchließen. Wäre die Rede davon, dem Beſitzer ungewöhnliche Anſtrengungen von Kraft und Geſchicklichkeit zuzumuthen, ſo würde jene Meinung richtig ſeyn; es wird aber nichts von ihm verlangt, als daß er dasjenige thue, welches Niemand, ſelbſt an ſeinem eigenen Vermögen, unterlaſſen kann ohne den Vorwurf einer entſchiedenen Nachläſſigkeit auf ſich zu ziehen.

Zuletzt iſt noch eine Bemerkung hinzuzufügen, über die Rechtsmittel womit für die verſäumten Früchte Erſatz verlangt werden kann. Wegen der vorhandenen oder verzehrten Früchte ſind nach Umſtänden ganz verſchiedene Rechtsmittel anwendbar: die Hauptklage, durch welche auch die Früchte mit umfaßt werden, dann die Vindication oder eine Condiction, je nachdem die Früchte vorhanden oder verzehrt ſind.

Nicht ſo verhält es ſich mit dem Erſatz für die verſäumten Früchte. Dieſer kann allerdings durch die auf die Sache ſelbſt gerichtete Hauptklage mit verfolgt werden, und hierdurch werden in der That die ſo eben aufgeſtellten Regeln geltend gemacht. Dagegen kann von einer Vindication

dieſer Früchte nicht die Rede ſeyn, indem dieſelben niemals im Beſitz des Beklagten geweſen ſind. Eben ſo wenig aber iſt eine Condiction auf dieſelben möglich, weil die Grundbedingung einer ſolchen, nämlich die Bereicherung aus fremder Sache, fehlt (o).

Dieſer letzte Satz wird in folgender Stelle anerkannt, welche leicht misverſtanden werden kann (p):

> Si ejus fundi, quem alienum possideres, fructum non coëgisti, nihil ejus fundi fructuum nomine te dare oportet.

Flüchtig angeſehen, könnte dieſe Stelle als ein Widerſpruch gegen die ganze Lehre von dem Erſatz für verſäumte Früchte aufgefaßt werden. Wenn man aber die unzweifelhafte techniſche Bedeutung der Worte dare oportere erwägt, ſo liegt in der angeführten Stelle nichts Anderes, als die ſo eben gerechtfertigte Verneinung einer ſelbſtſtändigen Condiction. Der Verfaſſer der Stelle will alſo nur ſagen, daß für verſäumte Früchte niemals mit einer Condiction Erſatz gefordert werden könne; er widerſpricht aber damit nicht der Forderung dieſes Erſatzes überhaupt, indem ja die Vindication der Hauptſache dieſen Erſatz mit umfaſſen kann (q).

Man darf auch nicht glauben, daß dieſe Unterſcheidung ein blos theoretiſches Intereſſe habe, und practiſch

(o) S. o. B. 5. S. 524. b.
(p) *L.* 78 *de rei vind.* (6. 1).
(q) Dieſe richtige Erklärung der Stelle findet ſich bei Heimbach, Lehre von der Frucht, S. 94. 95.

werthlos sey. Denn wenn der unredliche Besitzer den Besitz der Hauptsache ohne seinen Dolus verliert, so kann gegen ihn eine Vindication überhaupt nicht mehr angestellt werden, so daß auch eine Nachforderung der etwa früherhin versäumten Früchte nicht mehr möglich ist. Wäre dagegen für diese eine selbstständige Condiction zulässig, so würde dieselbe auch jetzt noch angestellt werden können.

Eine eigenthümliche Bestimmung über die s. g. fructus percipiendi enthält das Preußische A. L. R. Es verpflichtet nicht, so wie das R. R., jeden Beklagten, die Früchte zu ersetzen, welche zu gewinnen er während der Dauer des Rechtsstreits etwa versäumt haben möchte, sondern nur Den, welcher es weiß, daß die Sache, die er als seine eigene besitzt, einem Anderen zugehöre, also den wahren, eigentlichen malae fidei possessor (r). — Diese Abweichung kann ich nicht billigen. Jedem Beklagten, auch wenn er noch so fest von seinem Recht überzeugt ist, kann man ohne Unbilligkeit zumuthen, daß er die Möglichkeit bedenke, den Prozeß zu verlieren, und für diesen möglichen Fall sich als den Verwalter eines fremden Gutes ansehe,

(r) A. L. R. Th. 1 Tit. 7 § 229. Auf den ersten Blick könnte man glauben, es sey hier nur derselbe unredliche Besitzer gemeint wie in § 222, d. h. eben der Beklagte überhaupt. Daß aber in der That ein Unterschied, ein Gegensatz gemeint ist, zeigt erstlich der verschiedene Ausdruck beider §§, zweitens die Vergleichung der § 223—228 mit § 229, welcher letzte offenbar etwas Neues sagen will, drittens die Bemerkungen von Suarez bei Simon Zeitschrift B. 3 S. 330 N. 2, S. 172. Vgl. auch ebendas. S. 633 und oben § 264.

dem eine besondere Sorgfalt obliegt. Wenn er also in dieser Lage aus Trägheit unterläßt, den streitigen Acker zu bestellen, oder die Früchte einzusammeln, so trifft ihn, bei der Verurtheilung in der Hauptsache, auch die Entschädigung für diese versäumten Früchte mit allem Recht. Ich glaube, daß diese unrichtige Bestimmung lediglich aus dem falschen Standpunkte hervorgegangen ist, welcher überhaupt im A. L. R. bei der Feststellung der eigenthümlichen Prozeßverpflichtungen gewählt worden ist (§ 264). Man wollte Alles auf das unredliche Bewußtseyn des Besitzers zurück führen, und glaubte nun, in diesem stets verschiedene Grade unterscheiden, und mit verschiedenen Wirkungen versehen zu müssen.

§. 268.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Fortsetzung. Prozeßzinsen.)

Unter den Erweiterungen, von deren Ersatz in Folge der L. C. bisher die Rede gewesen ist, befindet sich eine, deren Behandlung vorzugsweise zweifelhaft und bestritten, und zugleich practisch sehr wichtig ist; dieses sind die Prozeßzinsen. Zu einer erschöpfenden Behandlung derselben ist es unumgänglich nöthig, eine zusammenhängende Übersicht des Zinsensystems überhaupt vorauszuschicken. Ohne eine solche Übersicht ist es nicht möglich, eine falsche Auffassung und Benutzung mancher der wichtigsten Quellenzeugnisse mit Sicherheit abzuwehren.

Dem allgemeinen Begriff der Zinsen liegt zum Grunde die Unterscheidung eines zweifachen im täglichen Verkehr vorkommenden Werthes: des Sachwerthes (Eigenthumswerthes) und des Gebrauchswerthes. Die Rechtsgeschäfte, worin beide vorzüglich zur Anschauung kommen, sind der Kauf und der Miethsvertrag. Da der Gebrauchswerth auf einer fortgesetzten Thätigkeit der gebrauchenden Person im Verhältniß zur Sache beruht, so hat er überhaupt nur Bedeutung, in sofern ein durch diese Thätigkeit erfüllter Zeitraum hinzugedacht wird.

Für den Gebrauchswerth wie für den Sachwerth, ist ein Ersatz oder eine Vergütung möglich in der verschiedensten und willkührlichsten Weise: durch eine Geldsumme, durch Arbeit, durch den gegenseitigen Gebrauch anderer Sachen u. s. w. Für die meisten Fälle solcher Art ist weder die Möglichkeit noch das Bedürfniß einer gemeinsamen Behandlung und Regulirung vorhanden; ein solches Bedürfniß findet sich nur bei einer Art von Sachen, deren eigenthümliche Natur hier zunächst zu bestimmen ist.

Es sind dies diejenigen Sachen, deren Werth nach der im Verkehr vorherrschenden Ansicht nicht auf ihrer Individualität, sondern lediglich auf Zahl, Maaß oder Gewicht innerhalb einer gewissen Gattung beruht, so daß bei gleichem Umfange verschiedene Individuen derselben Gattung völlig gleichgeltend sind. Die Römer bezeichnen diese Eigenthümlichkeit durch den Ausdruck: res quae pondere, numero, mensura continentur (consistunt), welcher genau richtige

Ausdruck durch seine Weitläufigkeit zum gewöhnlichen Gebrauch unbequem ist. Die neueren Schriftsteller nennen sie seit Jahrhunderten mit einem barbarisch gebildeten Ausdruck res fungibiles (a). Ich werde dafür den Ausdruck: Quantitäten gebrauchen, der die entschiedene Autorität der Römischen Juristen für sich hat. Denn obgleich in vielen, ja den meisten, Stellen der Ausdruck quantitas so viel bedeutet als: Größe oder Umfang, also eine allgemeine Eigenschaft die den verschiedensten Sachen zukommt, so wird er doch auch in mehreren unzweifelhaften Stellen geradezu gebraucht um die hier erwähnte besondere Art von Sachen zu bezeichnen, also Sachen die nach Zahl, Maaß oder Gewicht einer bestimmten Gattung, nicht nach ihrer Individualität, als Gegenstände von Rechtsverhältnissen behandelt zu werden pflegen. Eine Sache solcher Art heißt quantitas, im Gegensatz von corpus oder species, d. h. einer Sache, die den individuellen Gegenstand eines Rechtsgeschäfts bildet (b).

(a) Die Veranlassung zu diesem Ausdruck liegt in *L.* 2 § 1 *de reb. cred.* (12. 1) „quia in genere suo *functionem recipiunt* per solutionem." Es scheint, daß der Ausdruck res fungibiles eingeführt worden ist von Zasius in § 30 J. de actionibus N. 17. 18, wenigstens thut er sich etwas darauf zu gut, die anderen Schriftsteller zurecht zu weisen, die dafür quantitas sagen „sed male et barbare: sola enim pecunia quantitas dicitur, quia per eam quanta quaeque res sit aestimatur."

(b) *L.* 34 § 3—6 *de leg.* 1. (30), *L.* 15 § 4 *de usufr.* (7. 1), *L.* 94 § 1 *de solut.* (46. 3). Allerdings ist in diesen Stellen zunächst von Geldsummen die Rede, die ohnehin die häufigste und wichtigste quantitas bilden. Allein in der ersten Stelle wird damit auch alles Übrige quod pondere, numero, men-

An Quantitäten nun kann der Gebrauchswerth, eben so wie an allen anderen Sachen, auf die verschiedenste Weise bestimmt werden; es kann dies u. a. aber in Quoten gleichartiger Sachen geschehen, und diese Behandlung ist für den Verkehr so wichtig und bequem, daß dafür zu allen Zeiten besondere Bestimmungen nöthig gefunden worden sind. Hierauf bezieht sich das Rechtsinstitut der Zinsen (usura auch usurae).

Zins heißt ein bestimmtes Maaß einer Quantität, welches als Ersatz oder Vergütung dient für den Gebrauch einer gleichartigen Quantität, welche das Kapital genannt wird. Das Zinsenverhältniß ist an sich anwendbar auf Quantitäten aller Art, also auf Getreide, Wein, Oel, und u. a. auch auf Geld. Diese letzte Anwendung ist aber so sehr die wichtigste und häufigste, daß man gewöhnlich an sie allein denkt, wenn von Verzinsung überhaupt die Rede ist. — Es ist schon oben bemerkt worden, daß Zinsen im juristischen Sinn als Früchte des Kapitals betrachtet werden (c). Dies ist jedoch nicht so zu verstehen, als ob

sura continetur, zusammengestellt, und der Gegensatz von corpus und species paßt auf alles Dieses gleichmäßig. Daher ist der Tadel des Zasius gegen diese Benennung (Note a) ungegründet. — Die von Mehreren neuerlich versuchte Benennung: vertretbare Sachen ist ohne hinzugefügte Erklärung kaum verständlich, da auch alle andere Sachen einer Vertretung (durch Geldentschädigung) empfänglich sind. — Die Eigenschaften der Quantitäten und der verbrauchbaren Sachen sind an sich selbst ganz verschieden, obgleich sie in der Anwendung meist an denselben Sachen zusammentreffen.

(c) *L.* 34 *de usuris* (22. 1), *L.* 121 *de V. S.* (50. 16), *L.* 62 *pr. de rei vind.* (6. 1). Vgl. oben § 265. a. b.

hierin das baare Geld (die Zinsen) eine Frucht des baaren Geldes (des Kapitals) wäre; vielmehr wird die Zinsenforderung als eine aus der Kapitalforderung entsprungene Frucht betrachtet.

Die wichtigste Frage ist nun die, auf welchen Wegen überhaupt eine Zinsenforderung entstehen kann. Es giebt dafür im Allgemeinen zwei Entstehungsgründe:

I. Der Wille des Schuldners, welcher fast immer in der Form eines Vertrages erscheint, und II. eine allgemeine Rechtsregel.

I. Vertrag als Entstehungsgrund einer Zinsenforderung. Ein solcher konnte bei den Römern vorkommen, sowohl in der Form einer Stipulation, als in der eines bloßen Pactum.

A. Die Stipulation von Zinsen war überall anwendbar, und konnte stets eine Klage bewirken. Sie konnte geschlossen werden ohne Unterschied, ob die Kapitalschuld selbst aus einer Stipulation mit oder ohne Darlehn, aus einem bloßen Darlehn ohne Stipulation, oder aus irgend einer anderen obligatorischen Handlung entsprungen war.

Bei den Römern war der wichtigste und häufigste Fall der, in welchem beide Obligationen, des Kapitals und der Zinsen, durch Stipulation begründet und zwar auf Geld gerichtet wurden. Ob dieses, der wörtlichen Fassung nach, in zwei abgesonderten Verträgen geschah (also mit einem doppelten spondes? spondeo), oder aber in einem zusammengefaßten einfachen Vertrag, an dessen Schluß jene Frage

und Antwort ausgeſprochen wurde, dieſes war für den Erfolg gleichgültig. Denn auch in dem letzten Fall waren in der That ebenſo wie in dem erſten, zwei verſchiedene, und zwar ſogar ungleichartige Stipulationen geſchloſſen: eine certa auf das Kapital, und eine incerta auf die Zinſen (d). Die Kapitalsſtipulation war nothwendig certa, weil die Summe des Kapitals völlig gewiß und überſehbar war; die Zinſenſtipulation nothwendig incerta, weil ſich nicht vorherſehen ließ, wie viele Zinsposten fällig werden würden, und wie hoch daher die einzuklagende Zinſenſumme im Ganzen ſeyn werde. Waren es aber zwei verſchiedenartige Stipulationen, ſo mußten hierauf nothwendig auch zwei verſchiedene Klagen gegründet werden, eine certi und eine incerti condictio (beide bekanntlich von ganz verſchiedener Natur), indem ſtets der Stipulation die Klage genau entſprechen mußte, und hierin eine Willkühr des Klägers durchaus nicht zuläßig war (e).

Ganz eben ſo verhielt es ſich, wenn neben einem bloßen Darlehn (ohne Stipulation) Zinſen ſtipulirt waren. Auch hier mußten nothwendig zwei verſchiedene Klagen angeſtellt werden, eine certi und eine incerti condictio.

(d) *L.* 75 § 9 *de verb. obl.* (45. 1) „qui sortem stipulatur, et usuras quascunque, *certum* et *incertum* stipulatus videtur: et tot stipulationes sunt, quot res sunt“ (alſo hier zwei. Dieſe letzten Worte verweiſen auf eine allgemeine ſprüchwörtliche Rechtsregel; vgl. *L.* 86 *eod.*). — *L.* 8 *de eo quod certo loco* (13. 4) „ibi enim *duae stipulationes* sunt“ (es war von Kapital und Zinſen die Rede).

(e) Gajus IV. § 53. „sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.“

B. Ein Pactum auf Zinsenzahlung hatte eine verschiedene Wirkung je nach der verschiedenen Natur der Hauptschuld. Es konnte nämlich vorkommen, a) neben einem b. f. contractus, b) neben einer Stipulation, c) neben einem Darlehn.

a) Das Pactum auf Zinsen neben einem b. f. contractus war nach allgemeinen Grundsätzen klagbar, jedoch nicht mit einer selbstständigen Klage, sondern nur in Verbindung mit der aus dem Contract entspringenden Hauptklage (f). Dieses auf bekannten allgemeinen Rechtsregeln beruhende Rechtsverhältniß wird namentlich anerkannt bei dem Kauf, der Miethe, dem Mandat, dem Depositum (g).

b) Auch wenn neben einer Stipulation auf das Kapital ein bloßes Pactum auf Zinsen gleichzeitig geschlossen war, so sollte dennoch auf die Zinsen wie aus einer Stipulation (also mit einer incerti condictio) geklagt werden können. Dieser Rechtssatz war der alten strengen Natur der Stipulation fremd, und wurde erst durch die neue freiere Behandlung des Vertrages vermittelt. Auch wird ausdrücklich bemerkt, daß dieser Satz erst allmälig und nicht ohne Widerspruch anerkannt worden sey (h). Es lag dabei

(f) *L.* 4 *C. depos.* (4. 34) „non duae sunt actiones, alia sortis alia usurarum sed una." Hier gilt also gerade die entgegengesetzte Regel von der für die stipulirten Zinsen so eben bemerkten.

(g) *L.* 5 *C. de pact. int. emt.* (4. 54), *L.* 17 § 4 *de usuris* (22. 1), *L.* 24 *pr. in f. mandati* (17. 1), *L.* 24 *L.* 26 § 1 *depos.* (16. 3).

(h) *L.* 40 *de reb. cred.* (12. 1). Über diese, durch ihre Schwierigkeit berühmte, Stelle (L. *Lecta*) vgl. Glück B. 4 S. 268 — 276, Schulting notae III. 31. Auf

folgender Gedanke zum Grunde. Wenn die Parteien die Vorſicht gebraucht hätten, zuerſt den ganzen Inhalt ihrer Verabredung (wegen Kapital und Zinſen) auszuſprechen und dann am Schluß die allgemeine Formel hinzuzufügen: ea omnia dare spondes? spondeo, ſo würde unſtreitig die Stipulation alle Theile des Verſprechens, auch die Zinſen, umfaßt haben. Daß ſie nun hierin ungenau verfuhren und die rechte Form verſäumten, ſollte ihnen, wie ſo mancher andere Verſtoß gegen die ſtrenge alte Form, nicht ſchaden. Es wurde alſo gewiſſermaaßen fingirt, es ſey die in der Mitte der ganzen Handlung ausgeſprochene Stipulationsformel am Schluß der Handlung wiederholt worden. — Dieſe freiere Behandlung der Stipulation war ganz gleichartig mit derjenigen, nach welcher ſchon zur Zeit der alten Juriſten in einer fremden Sprache, in verſchiedenen Sprachen, und mit nicht buchſtäblicher Gleichförmigkeit, gefragt und geantwortet werden durfte, ohne die Wirkſamkeit der Stipulation zu ſchwächen.

c) Endlich das Pactum auf Zinſen neben dem bloßen Darlehn führt am meiſten Verwicklungen mit ſich, und hat Gelegenheit zur irrigen Auffaſſung mehrerer ſchwierigen

eine vollſtändige Erklärung derſelben kann es hier nicht ankommen; der hierher gehörende Theil, den ich für nicht zweifelhaft halte, iſt in folgenden Worten enthalten: „pacta *incontinenti facta* stipulationi *inesse creduntur* ... Pactum autem, quod subjectum est, *quidam dicebant* .. tantum ad exceptionem prodesse ... et si, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum, QUAMVIS SENTENTIA DIVERSA OBTINUERIT“ rel.

Stellen des R. R. gegeben, weshalb hierbei eine besonders genaue Behandlung nöthig ist.

Vergleichen wir zuerst das Darlehn mit der so eben abgehandelten Stipulation, so finden wir die Regel ausgesprochen, daß dem Darlehn alles Dasjenige rechtsgültig hinzugefügt werden könne, welches in einer Stipulation zulässig sey:

„Omnia quae inseri *stipulationibus* possunt, eadem possunt etiam *numerationi pecuniae*: et ideo et conditiones“ (i).

Da nun so eben gezeigt worden ist, daß das Pactum auf Zinsen neben der Stipulation als Grund einer Klage späterhin zugelassen wurde, so würde die Consequenz dahin geführt haben, dieselbe Wirkung auch neben dem Darlehn zuzulassen, ohne daß dessen strenge Contractsnatur (die ja nicht strenger war, als die der Stipulation) ein Hinderniß hätte darbieten können. Ich sage, so hätte es consequenter Weise seyn müssen sowohl bei dem Darlehn in Geld, als bei dem in anderen Quantitäten. Auch wurde diese Consequenz in der That durchgeführt und anerkannt in diesem zweiten Fall des Darlehns (an Getreide u. s. w.), wie sogleich gezeigt werden wird. Bei dem Gelddarlehn dagegen war es anders, diese Verschiedenheit hatte aber ihren Grund nicht in der Natur des Contracts, sondern vielmehr in der ganz eigenthümlichen Natur der diesem Contract ausschließend angewiesenen Klage.

(i) *L. 7 de reb. cred.* (12. 1).

Die einzig mögliche Klage nämlich aus einem Gelddarlehn war die certi condictio, worin die Intentio nothwendig eine beſtimmte Geldſumme ausſprechen und die Condemnatio mit dieſer Summe übereinſtimmen mußte. Nun hatte der Judex keine andere Wahl, als entweder freizuſprechen, oder auf die ausgedrückte Summe zu verurtheilen. Hätte er dieſe Summe durch die verſprochenen Zinſen in dem Urtheil erhöht, ſo würde er das Ganze aus eigenem Vermögen haben erſetzen müſſen (k).

Hierin allein liegt der Grund der in ſo vielen Stellen ausgeſprochenen Regel, daß bei einem Gelddarlehn auf Zinſen niemals geklagt werden könne, wenn nicht dieſe Zinſen in einer Stipulation verſprochen worden ſeyen (l). Lag aber der Grund hierin, alſo in der Klagformel, und nicht in der Natur des Contracts, ſo war es ganz inconſequent, im Juſtinianiſchen Recht (in welchem die Klagformeln gänz-

(k) Gajus IV. § 52 „alioquin litem suam facit.“

(l) *L.* 24 *pr. de praescr. verb.* (19. 5), *L.* 10 § 4 *mand.* (17. 1), *L.* 11 § 1 *de reb. cred.* (12. 1), *L.* 3. 7 *C. de usur.* (4. 32). Paul. II. 14 § 1. — Der Unterſchied von dem vorhergehenden Fall, wo das Pactum der Stipulation angehängt war, lag darin, daß hier der bloße Formfehler durch milde Auslegung verbeſſert wurde, indem man es ſo anſah, als wäre die Stipulationsformel erſt am Ende des ganzen Akts ausgeſprochen worden. Neben dem Darlehn war dieſe Behandlung unmöglich, da bei den Zinſen die Fiction eines Darlehns keinen Sinn gehabt hätte, ohne dieſelbe aber die Klage aus dem Pactum ohne allen Entſtehungsgrund geweſen wäre. — Man darf übrigens die aufgeſtellte Regel nicht ſo verſtehen, als ob ein ſolches Pactum ganz wirkungslos geweſen wäre; es ſollte nur keine Klage begründen, eine naturalis obligatio entſprang daraus allerdings. *L.* 5 § 2 *de sol.* (46. 3), *L.* 3. 4. 22 *C. de usur.* (4. 32). Auch zweifelte hieran ſelbſt die ſtrengſte Partei der Juriſten nicht (Note h).

lich verschwunden sind) diese Regel dennoch beizubehalten; sie hätte schon hier gänzlich aufgegeben werden müssen (m).

Daß diese Auffassung richtig ist, geht unwidersprechlich hervor aus der Art, wie das R. R. das Darlehn an Getreide und anderen Quantitäten, wenn dabei Zinsen durch bloßes Pactum versprochen waren, unzweifelhaft behandelt, obgleich dieses Darlehn ein völlig eben so strenger Contract war und durchaus keine andere Contractsnatur hatte, als das Gelddarlehn. Hierüber sind folgende Stellen ganz entscheidend.

1. „Frumenti vel hordei mutuo dati accessio ex nudo pacto praestanda est“ (n).

   Hier ist ausdrücklich anerkannt, daß bei einem Darlehn von Getreide, Zinsen aus einem bloßen Pactum eingeklagt werden konnten, nur ist die Klage nicht genannt.

2. „Oleo quidem vel quibuscunque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio, additamentum usurarum ejusdem materiae suasit admitti“ (o).

Diese Stelle ist zu allen Zeiten Gegenstand großer

(m) Zweifelhaft ist die Behandlung des nauticum foenus, wobei die Klage nicht angegeben wird (*L.* 5 § 1, *L.* 7 *de naut. foen.* 22. 2). Vielleicht wurde dabei stets eine Stipulation angewendet; es ließ sich aber auch ohne Stipulation eine Klage nach den Grundsätzen der Innominatcontracte wohl denken. Denn die Form des Darlehns war dabei nur ein äußerer Schein, in der That war es das Geben einer Summe auf die Gefahr des Verlustes, mit dem gegenseitigen Versprechen einer höheren Summe für den Fall wenn der Verlust nicht eintrat, also ein Geschäft nach der Form do ut des.

(n) *L.* 12 *C. de usur.* (4. 32).

(o) *L.* 23 *C. de usur.* (4. 32).

Zweifel und Misverständnisse gewesen. Vor Allem ist darin nicht gesagt, von welcherlei Zinsen die Rede ist. Man könnte dabei denken an Verzugszinsen oder Prozeßzinsen, welches jedoch schlechthin verworfen werden muß, da diese, wie unten gezeigt werden wird, nur bei baarem Gelde vorkommen können. Eben so wenig ist an stipulirte Zinsen zu denken, da bei diesen die Klagbarkeit ohnehin keinen Zweifel haben konnte, welches zu dem Ausdruck der Stelle nicht paßt. Es bleibt also nur der einzige Fall anzunehmen übrig, wenn die Zinsen durch bloßes Pactum versprochen waren, also genau derselbe Fall wie in der vorhergehenden Stelle, nur hier mit dem wichtigen Zusatz, daß die Klagbarkeit solcher Zinsen nicht auf der strengen Rechtsregel, sondern auf einer neueren Zulassung aus Billigkeit beruhe („suasit admitti"). — Einer besonderen Erklärung bedürfen aber noch die Worte incerti pretio ratio. Diese drücken geradezu den oben aufgestellten Gegensatz eines solchen Darlehns gegen das Gelddarlehn aus. Anstatt daß bei dem Gelddarlehn die certi condictio jede Ausdehnung des Urtheils auf Zinsen unmöglich machte, war hier in der Klage eine incerta Condemnatio enthalten (quanti ea res est), deren unbestimmter Ausdruck dem Juder die prozessualische Freiheit gewährte, auch die Zinsen mit in das Urtheil aufzunehmen, während die materielle Zulässigkeit der Zinsen aus den oben angegebenen Gründen ohnehin anerkannt werden mußte (p).

(p) Ich muß daher folgende neuerlich versuchte Erklärungen der

§. 269.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinsen. Fortsetzung).

Unter den zwei möglichen Entstehungsgründen einer Zinsenforderung (§ 268) ist die erste (der Vertrag) bisher abgehandelt worden; es bleibt noch übrig, auch die zweite darzustellen.

II. Allgemeine Rechtsregel als Entstehungsgrund einer Zinsenforderung.

Diese Rechtsregel beruht auf folgender, in der Erfahrung begründeten, Betrachtung. Bei entwickeltem Verkehr ist die zinsbare Benutzung des baaren Geldes in solchem Grade üblich und verbreitet, daß man als durchschnittliche Regel ohne Bedenken annehmen darf, es könne jede große oder kleine Geldsumme in jedem beliebigen Zeitraum zinsbar benutzt werden. Die Richtigkeit dieser Annahme wird besonders anschaulich, wenn man dabei an das Daseyn von öffentlichen Banken oder Sparkassen denkt, oder auch an das Verhältniß laufender Rechnung, in welches irgend

Stelle verwerfen. Die incerti pretii ratio soll nach Einigen den schwankenden Preis des Getreides bedeuten; es ist aber durchaus kein Grund denkbar, warum bei ganz unwandelbaren Preisen nicht auch Zinsen zulässig seyn sollten. — Von Anderen wird alles Gewicht auf die Worte ejusdem materiae gelegt, so daß die Stelle eigentlich die Absicht habe, ein Zinsversprechen in anderen Stoffen zu untersagen. Allein diese Worte sind daraus zu erklären, daß auf ein Versprechen anderer Stoffe der Begriff und Name der Zinsen überhaupt nicht paßt; ein Verbot sollte darin nicht enthalten seyn. — Nach der hier gegebenen Erklärung der Stelle ist nun auch die Behauptung zu berichtigen, welche auf eine irrige Auffassung derselben oben (B. 5 S. 465) gegründet worden war.

Jemand zu einem Banquier eintritt, wobei jede eingezahlte oder erhobene Summe von dem Tage der Zahlung an zinsbar berechnet wird. Es darf dabei nur nicht der Vorstellung Raum gegeben werden, als ob das Darlehn gerade die einzige Form zinsbarer Benutzung des Geldes wäre. Auch würde es unrichtig seyn, die aufgestellte Annahme nur für unseren heutigen sehr entwickelten Geldverkehr zuzulassen, für die Römischen Zustände aber zu verneinen. Gerade die Römischen Juristen gehen entschieden von der hier aufgestellten Voraussetzung aus, wie sogleich gezeigt werden wird. Auch diente bei ihnen das Institut der Argentarien zu einer besonders leichten Vermittelung des Zinsgeschäftes (a).

Die hier aufgestellte Ansicht führt zu folgender Behandlung der Rechtsverhältnisse. Wenn der Gebrauch irgend einer Sache eine Zeit hindurch bei Demjenigen sich findet, dem er nicht gebührt, also einem Anderen mit Unrecht entzogen wird, und zugleich ein Rechtsgrund vorhanden ist, für dieses Unrecht Vergütung zu fordern, so kommt es in jedem einzelnen Fall darauf an zu beweisen, wie hoch sich das Interesse dieses erlittenen Unrechts belaufe, worüber aber eine durchgreifende Regel durchaus nicht aufgestellt werden kann.

(a) Eine merkwürdige Anerkennung der hier behaupteten allgemeinen Sitte und Erfahrung, auch in Beziehung auf die Zustände des Alterthums, findet sich an einem Orte, wo man es kaum erwarten sollte, in dem Gleichniß von dem faulen Knechte, Matthäus 25, 27 und Lucas 19, 23.

Hierin tritt nun für Denjenigen, der eine ſolche Vergütung fordert, eine große Erleichterung ein, wenn der Gegenſtand des mit Unrecht entbehrten Gebrauchs in baarem Gelde beſteht. Ein beſonderer Beweis für den Betrag des erlittenen Schadens wird dadurch entbehrlich, daß der Kläger die landüblichen Zinſen des entbehrten Geldes fordern kann. Allerdings kann in einzelnen Fällen auch wohl eine höhere Entſchädigung gefordert werden, dazu aber bedarf es jedesmal einer ſpeciellen geſetzlichen Vorſchrift, oder auch eines beſonderen Beweiſes. Für die landüblichen Zinſen dagegen bedarf es eines beſonderen Beweiſes nicht, indem derſelbe durch den oben aufgeſtellten durchgreifenden Erfahrungsſatz entbehrlich gemacht wird.

Dieſe practiſch höchſt wichtige Regel findet u. a., und vorzüglich, Anwendung auf die Verzugszinſen, indem als Erſatz für die Mora bei einer Geldſchuld, ohne weiteren Beweis des erlittenen Schadens, landübliche Zinſen gefordert werden können (b). Es iſt aber ganz unrichtig dieſen Fall, wie es gewöhnlich geſchieht, als eine ganz beſondere Klaſſe von Zinſen anzuſehen, und davon andere Klaſſen unter verſchiedenen Namen ſtrenge zu unterſcheiden (c).

(b) *L.* 32 § 2 *de usuris* (22. 1).

(c) So z. B. werden mitunter folgende Klaſſen von Zinſen aufgeſtellt: usurae ex mora, legales, punitoriae (Schilling Inſtitutionen III. 108). — Es ſoll durch dieſe Bemerkung keineswegs in Zweifel gezogen werden, daß für manche einzelne Rechtsverhältniſſe poſitive Beſtimmungen, z. B. wegen ungewöhnlich hoher Zinſen, beſtehen; namentlich in den Fällen, worin der Verwalter eines fremden Vermögens das verwaltete Geld unredlich in eignen Nutzen verwendet. *L.* 38 *de neg. gest.*

Vielmehr liegt in den Verzugszinsen nur der häufigste Fall der Anwendung, während ganz dasselbe Princip auch ohne Mora bei vielen Rechtsverhältnissen zur Anwendung kommt. So soll insbesondere Jeder, der fremde Geschäfte verwaltet, und dafür aus eigenem Vermögen Auslagen macht, landübliche Zinsen des ausgelegten Geldes fordern können, auch wenn seinem Gegner eine Mora nicht zur Last fällt (d).

Es ist ferner unrichtig, wenn Manche die Verzugszinsen als ein besonderes Privilegium derjenigen Verträge und Klagen ansehen, die den besonderen Namen bonae fidei actiones führen. Vielmehr beruhen sie auf einer durchgreifenden Regel für alle Obligationen überhaupt, deren Anwendung nur bei den Condictionen (den strengen Klagen) durch die besondere Natur dieser Klagen gehindert wird. Daher galten die Verzugszinsen ohne Zweifel von jeher auch bei allen denjenigen freien Klagen, welche nicht den Namen bonae fidei actiones führten, also insbesondere bei den prätorischen Klagen und den extraordinariae actiones (e).

(3. 5); eben so die usurae rei judicatae nach Justinians neuen Vorschriften. Nur ist der Entstehungsgrund der Zinsenforderung in diesen einzelnen Fällen nicht specifisch verschieden, anstatt daß die Vertragszinsen von den aus einer allgemeinen Rechtsregel entstehenden durchaus verschieden sind.

(d) So z. B. bei dem Mandat, der negotiorum gestio, der Societät und Tutel. *L.* 12 § 9 *mand.* (17. 1), *L.* 19 § 4 *de neg. gest.* (3. 5). Wenn in diesen Fällen der Geschäftsführer beweisen kann, daß er zu ungewöhnlich hohen Zinsen Geld aufnehmen mußte um die Auslage zu machen, so kann er auch dafür Ersatz fordern. Das liegt wieder außer den Grenzen unsrer allgemeinen Präsumtion.

(e) So gelten Verzugszinsen

Es muß aber wohl bemerkt werden, daß die hier aufgeſtellte Anſicht mit ihren wichtigen Folgen nicht auf Quantitäten überhaupt, ſondern lediglich auf Geldſchulden Anwendung findet; hierin eben liegt ein ſehr wichtiger Unterſchied zwiſchen den Vertragszinſen, die auf Quantitäten aller Art angewendet werden können, und den aus einer allgemeinen Rechtsregel abgeleiteten Zinſen, welche nur bei Geldſchulden vorkommen (f).

Der Grund dieſes wichtigen Unterſchiedes iſt darin zu ſuchen, daß die zinsbare Benutzung des Geldes zu jeder Zeit möglich iſt, anſtatt daß das Zinsgeſchäft bei Getreide und anderen Quantitäten nur in ſeltenen Fällen und unter ſehr zufälligen Umſtänden vorzukommen pflegt. Wenn daher der Gebrauch des Getreides einem Anderen mit Unrecht verweigert wird, ſo ſoll keineswegs dem Beſchädigten ein Erſatz wegen des erlittenen Unrechts verſagt werden. Nur muß er die Höhe des Intereſſe beweiſen, und er ſoll nicht den Vortheil wie bei einer Geldſchuld genießen, dieſen Beweis durch die Präſumtion zu erſetzen, daß er das Getreide einſtweilen hätte gegen Zinſen ausleihen können. Denn gerade zu einer ſolchen Präſumtion, welche bei einer

bei der Pollicitation, die gewiß nicht ein bonae fidei contractus iſt. *L.* 1 *pr. de pollic.* (50. 12). — Ebenſo werden in *L.* 38 §. 8—16 *de usur.* (22. 1) die bonae fidei actiones mit den prätoriſchen Klagen in der Lehre von der Cauſa ganz auf gleichen Fuß geſtellt. — Endlich gelten Verzugszinſen auch bei den Fideicommiſſen, welche gleichfalls nicht mit einer bonae fidei actio verbunden waren.

(f) So liegt denn auch hierin der entſcheidende Beweis dafür, daß die *L.* 23 *C. de usur.* (ſ. o. §. 268 Note o) durchaus nicht von Verzugszinſen verſtanden werden darf.

Geldschuld wohl begründet wäre, ist bei dem Getreide und anderen Quantitäten kein Grund vorhanden (g).

§. 270.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinsen. Fortsetzung).

Die ganze bisher angestellte Untersuchung über das Zinsenrecht (§ 268. 269) sollte nur als Grundlage dienen für denjenigen Theil desselben, welcher allein in den Kreis unsrer gegenwärtigen Aufgabe gehört, nämlich für die Prozeßzinsen, für welche nur von jenem vollständigen Zusammenhang aus eine befriedigende Einsicht gewonnen werden kann.

Der verurtheilte Beklagte soll für die Früchte des Streitgegenstandes Ersatz leisten, welche dem Kläger durch die Dauer des Rechtsstreits entzogen worden sind (§ 265). Wenn nun der Gegenstand des Rechtsstreits in einer Geldsumme besteht, so entsteht die practisch sehr wichtige Frage, ob die Zinsen dieses Geldes als solche zu vergütende Früchte zu betrachten sind, ob also überhaupt ein Anspruch des Klägers auf Prozeßzinsen zu behaupten ist. Diese Frage ist im hohen Grade bestritten, und der Streit darüber hat sich bis in die neueste Zeit fortgesetzt.

(g) Man könnte die Sache so denken, als ob nicht eben Getreidezinsen für das entbehrte Getreide, wohl aber Geldzinsen für den Kaufpreis des Getreides gefordert werden könnten. Allein diese Ansicht würde wiederum nicht den Quantitäten eigenthümlich seyn, sondern auch auf alle andere Sachen angewendet werden können, und sie ist im Allgemeinen durchaus zu verwerfen, wie unten gezeigt werden wird.

Bevor eine Antwort auf dieſe Frage verſucht werden kann, iſt für den Fall, daß in der That Prozeßzinſen anzunehmen ſeyn möchten (alſo hypothetiſch), das Verhältniß derſelben zu den Verzugszinſen feſtzuſtellen. Wenn nämlich vor dem Anfang eines Rechtsſtreits ein Anſpruch auf Verzugszinſen entſtanden iſt, ſo gehen dieſe während des ganzen Rechtsſtreits fort, und es kann daneben von Prozeßzinſen nicht die Rede ſeyn, indem dieſe von den früher entſtandenen Verzugszinſen abſorbirt werden. Daher kann von Prozeßzinſen überhaupt nur in ſolchen Fällen die Frage entſtehen, in welchen entweder eine Mora für die eingeklagte Geldſchuld (als Bedingung der Verzugszinſen) gar nicht vorhanden iſt, oder bei vorhandener Mora dennoch keine Verzugszinſen gefordert werden können.

Der letzte Fall trat entſchieden ein bei den ſtrengen Klagen des R. R. Da hier Verzugszinſen auch bei vorhandener Mora nicht gefordert werden konnten (§ 269), ſo war für die Entſtehung von Prozeßzinſen allerdings die Möglichkeit vorhanden. — Der erſte Fall (der Mangel der Mora ſelbſt) kann verſchiedene Gründe haben. Er kann darin gegründet ſeyn, daß die Forderung an ſich zweifelhaft, oder in ihrem Umfang ungewiß (illiquid) iſt (a). Ferner darin, daß eine Mahnung an den Schuldner überhaupt nicht ergangen iſt, oder nicht für einen beſtimmten Zeitpunkt bewieſen werden kann. Oft iſt auch die Zwiſchen-

(a) *L.* 24 *pr.*, *L.* 21. 47. 3 *pr. de us.* (22. 1), *L.* 42. 63 *de R. J.* (50. 17).

zeit zwiſchen der Mahnung und dem Anfang des Rechtsſtreits zu unbedeutend als daß es der Mühe lohnte, den Beweis der Mahnung zur Begründung früherer Verzugszinſen zu unternehmen. — In allen dieſen Fällen iſt für den Anſpruch auf Prozeßzinſen hinlänglicher Raum vorhanden, und die Erfahrung zeigt es auch, daß von ihnen ſogar noch häufiger als von Verzugszinſen die Rede iſt.

Die Hauptfrage aber iſt die, ob überhaupt Prozeßzinſen gefordert werden können. Ich habe kein Bedenken, dieſe Frage zu bejahen, und zwar ſelbſt für das ältere R. R. ohne Unterſchied der ſtrengen und der freien Klagen. Die folgende Unterſuchung wird zuerſt das Princip feſtzuſtellen, dann die Anwendung auf die wichtigſten einzelnen Klagen zu machen haben.

I. Princip der Prozeßzinſen.

Dieſes wird im Allgemeinen anerkannt durch die ſchon oben angeführte Stelle, welche geradezu ausſpricht, daß Zinſen die juriſtiſche Natur der Früchte an ſich tragen (b). Der Text derſelben muß hier vollſtändig angegeben und erklärt werden:

„*Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari.* Et ita in legatis et fideicommissis, et in tutelae actione, et in ceteris

(b) *L.* 34 *de usur.* (22. 1) aus Ulpian. lib. XV. ad Ed., vgl. oben § 265. b. Der ſcheinbare Widerſpruch, der aus *L.* 121 *de V. S.* (50. 16) hergenommen werden könnte, iſt ſchon oben §. 265. a. b. beſeitigt worden.

judiciis bonae fidei servatur. Hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus.“

Daß dieſe wichtige Stelle gerade auf die hier vorliegende Frage wegen der Verpflichtungen des Beklagten im Prozeß bezogen werden muß, wird unzweifelhaft durch die Inſcription der Stelle, wodurch dieſelbe in Verbindung tritt mit einer ſehr ausführlichen Stelle Ulpians, nach welcher der Beklagte bei der Erbſchaftsklage Früchte und Zinſen herausgeben muß (c). — Daß in dem zweiten Satz der angeführten Stelle die b. f. actiones erwähnt werden, könnte den Gedanken veranlaſſen, als ſollte nach dem arg. a contrario für die ſtrengen Klagen das Gegentheil behauptet werden. Dazu iſt indeſſen kein Grund vorhanden, vielmehr ſcheint dieſe Erwähnung blos eine beiläufige Hindeutung auf die bei den b. f. actiones allein geltenden Verzugszinſen (verſchieden von den Prozeßzinſen) zu enthalten. Umgekehrt könnte man in dem Schlußſatz die *ceterae* obventiones auf die str. j. actiones beziehen wollen, für welche dann die Anwendbarkeit der Prozeßzinſen durch unſre Stelle unmittelbar bewieſen wäre. Allein auch dieſe Erklärung muß verworfen werden; obventio heißt das aus einer Sache Aufkommende, und die *ceterae* obventiones ſind alſo andere Arten von Nutzungen, welche eben ſowohl als die Zinſen unter den allgemeinen Begriff der fructus bezogen werden ſollen.

(c) *L.* 20 *de her. pet.* (5. 3). Von dieſer Stelle wird unten bei der Anwendung auf einzelne Klagen Gebrauch gemacht werden.

würden die Wahrheit des Princips beweisen, auch wenn es in keiner Stelle allgemein ausgesprochen wäre.

Bevor aber diese einzelnen Anwendungen dargestellt werden, müssen noch an das Princip selbst einige Folgerungen und nähere Bestimmungen angeknüpft werden.

1. Prozeßzinsen können nur gefordert werden wenn der Rechtsstreit Geld, nicht wenn er andere Quantitäten, z. B. Getreide, zum Gegenstand hat. Alle Gründe, die für diesen Satz schon oben (§ 269) bei den Verzugszinsen ausgeführt worden sind, finden völlig gleiche Anwendung auch auf die Prozeßzinsen (k).

Hier muß aber noch eine besondere Wendung näher erwogen werden, wodurch man versuchen könnte, die größere Ausdehnung der Prozeßzinsen, nicht blos auf andere Quantitäten, sondern sogar auf alle Sachen überhaupt, zu retten.

Man könnte nämlich nicht ohne einigen Schein folgende Betrachtung anstellen. Wenn der Kläger die Sache zur Zeit der L. C. erhalten hätte, so konnte er sie verkaufen und aus dem erlösten Gelde Zinsen ziehen. Da er diesen Vortheil entbehrt hat, so muß ihm derselbe durch Zinszahlung ersetzt werden. — Allein es kommt hier zunächst auf die Stellung und Verpflichtung des Beklagten an. Wollte man ihm den Ersatz dieser Zinsen aufbürden, so

(k) Damit ist denn auch der Beweis geführt, daß die *L.* 23 *C. de usur.* (§ 268. o) durchaus nicht von Prozeßzinsen verstanden werden darf, eben so wenig als von Verzugszinsen (§ 269. f).

könnte dieſes nur unter der Vorausſetzung geſchehen, daß man darauf das Princip der verſäumten Früchte (§ 265. 266) anwendete, d. h. daß man ihm den unterlaſſenen Verkauf als eine Culpa anrechnete. Dieſes iſt aber deswegen unmöglich, weil er ſelbſt bei den ſtrengen Klagen das Recht hat, ſich auch während des Rechtsſtreits durch Naturalreſtitution von jedem weiteren Anſpruch wegen der Sache ſelbſt zu befreien (§ 261). — Die richtige Anſicht der Sache iſt in folgender Entſcheidung eines einzelnen Falles ausgeſprochen. Wenn Gefäße von Gold oder Silber durch Fideicommiß hinterlaſſen werden, und der Erbe mit der Entrichtung in Mora iſt, ſo braucht er doch nur dann Zinſen zu zahlen, wenn der Erblaſſer die Geräthe zum Verkauf beſtimmt hatte, außerdem nicht; alſo nur dann, wenn eigentlich ein Geldfideicommiß gemeint war, welches nur durch den Verkauf jener Gefäße zur Ausführung gebracht werden ſollte (l).

2. Sehr verbreitet iſt die Meinung, daß Prozeßzinſen zwar bei freien, aber nicht bei ſtrengen Klagen gefordert werden könnten. Dieſe Meinung hat vielen Schein durch die ganz unzweideutige Vorſchrift, nach welcher mit der condictio indebiti lediglich das irrig gezahlte Geld ſelbſt, durchaus keine Zinſen deſſelben, gefordert werden können (m).

(l) *L.* 3 § 4 *de usur.* (22. 1). — In *L.* 51 § 1 *de her. pet.* (5. 3), aus der man noch einen Zweifel hernehmen könnte, iſt offenbar vorausgeſetzt, daß der Erbe die vor der L. C. gewonnenen Früchte verkauft, alſo in baares Geld, welches er nun ſchuldig iſt, verwandelt hat. S. u. § 271. c.

(m) *L.* 1 *C. de cond. ind.*

In dieſer unbedingten Verneinung liegt dreierlei: es können keine Zinſen gefordert werden von der irrigen Zahlung an, aber auch nicht von der Mora, und endlich auch nicht von der L. C. an, welcher letzte Satz unmittelbar hierher gehört. Dabei liegt es nun ſehr nahe, dieſe Entſcheidung daraus abzuleiten, daß jene Klage eine Condiction war, alſo eben darin einen Ausdruck der Regel zu finden, nach welcher bei allen Condictionen keine Prozeßzinſen gefordert werden könnten. Dennoch iſt dieſe Annahme ohne Grund, und die Sache hat vielmehr folgenden Zuſammenhang.

Wenn baares Geld aus einem Darlehn, oder einer Stipulation, oder einem gezahlten Indebitum gefordert wurde, ſo konnte Dieſes nicht anders geſchehen als vermittelſt einer certi condictio. Die beſondere Natur dieſer Klage führte es mit ſich, daß die beſtimmte Geldſumme in der Intentio und Condemnatio übereinſtimmend angegeben werden mußte, und dieſe unabänderliche Anweiſung an den Juder ſchloß jede zuſätzliche Erhöhung der Summe in dem Urtheil, alſo auch jede zuſätzliche Rückſicht auf Zinſen, gänzlich aus.

Wenn dagegen eine Stipulation zwar auch Geld zum Gegenſtand hatte, aber die Geldſumme ſelbſt nicht ausſprach, ſondern von einem außer ihr liegenden Umſtand abhängig machte (n), ſo war zwar auch eine ſtrenge Klage, eine

(4. 4) „... Usuras autem ejus summae praestari tibi frustra desideras: actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est.“

(n) z. B. quanti fundus Cornelianus est, dare spondes?

Condiction, begründet, aber dieſe konnte nur eine incertae pecuniae Condemnatio haben (o), und darin lag kein Hinderniß für den Juder, die oben entwickelte allgemeine Regel der Prozeßzinſen zur Anwendung zu bringen.

Demnach war es ſelbſt bei den Römern nicht die Natur der ſtrengen Klagen an ſich, welche die Verurtheilung auf Prozeßzinſen ausſchloß, ſondern lediglich die beſondere Natur der certi condictio, da wo dieſe zur Anwendung kam, und wir müſſen daher behaupten, daß die Prozeßzinſen auch bei den ſtrengen Klagen (nur mit Ausnahme jeder certi condictio) zur Anwendung kamen (p). Inconſequent aber war es, daß Juſtinian bei der condictio indebiti den unbedingten alten Grundſatz aufnahm, obgleich zu ſeiner Zeit alle Formeln längſt verſchwunden waren.

3. Endlich iſt unter Denen, die überhaupt Prozeßzinſen zulaſſen, die Frage ſtreitig geworden, ob dieſelben blos bei liquiden, oder auch bei illiquiden eingeklagten Geldſummen anzuwenden ſeyen (q). Soll die Sache irgend einen prac-

(o) Gagus IV. § 49—51. Die Formel ging nun auf quanti res est, oder quidquid dari fieri oportet.

(p) Die Meinungen ſind über dieſe Frage von jeher ſehr getheilt geweſen. Verneint werden die Prozeßzinſen bei allen stricti juris actiones von Noodt de foenore et us. III. 12, Winckler p. 345, Madai Mora S. 369, Liebe Stipulation S. 52; dagegen werden ſie zugelaſſen von den Gloſſatoren Martinus und Jacobus (Haenel diss. dominorum § 56 p. 42), Huber, praelect. in pand. XXII. 1. § 17, Keller § 21 Note 2 und 10. — Ich ſelbſt hatte früher die erſte Meinung angenommen (B. 5 S. 141. 142. 465), welche ich jetzt zurücknehme.

(q) Für die einſchränkende Meinung iſt Cannegiesser decis. Cassell. T. 1 Dec. 56 No. 6, indem er erſt von der feſtgeſtellten

tischen Werth haben, so darf ein solcher Unterschied nicht gemacht werden, vielmehr müssen auch bei illiquiden Summen Zinsen gezahlt werden. Damit geschieht dem Beklagten kein Unrecht, weil ja diese ganze Zinszahlung auf der Voraussetzung beruht, daß Geld überhaupt nicht müßig aufbewahrt, sondern stets in irgend einer Form zu einem Ertrag benutzt wird. Wollte man aber jenen Unterschied zulassen, so würde es niemals dem Beklagten schwer fallen, unabhängig von der Bestreitung des Anspruchs selbst, in die Höhe desselben irgend einen Zweifel zu bringen, und dadurch das ganze Princip der Prozeßzinsen in der Anwendung zu vereiteln.

§. 271.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — a. Erweiterungen. (Prozeßzinsen. Fortsetzung.)

II. Anwendung der Prozeßzinsen auf die wichtigsten einzelnen Klagen.

Die Zeugnisse hierüber sind im R. R. seltener als man bei der practischen Wichtigkeit des Gegenstandes erwarten möchte. Allein die wirklich vorhandenen sind sehr entscheidend, und es fehlt nicht an Erklärungsgründen, weshalb bei vielen Klagen solche Zeugnisse nicht vorkommen,

Liquidität an Zinsen zuläßt. Dabei scheint der unrichtige Gedanke einer Strafe zum Grunde zu liegen, die den Beklagten nicht treffen dürfe, so lange eine Ungewißheit vorhanden sey. Für die unbeschränkte Zulassung ist Hommel rhaps. Obs. 234.

ſo daß jene Seltenheit an der Wahrheit des Princips keinen Zweifel erregen darf.

1. Bei der Eigenthumsklage auf beſtimmte Geldſtücke kann das Princip gewiß nicht zur Anwendung kommen. Sollte es angewendet werden, ſo müßte dabei die Zumuthung an den Beklagten zum Grunde liegen, das vindicirte Geld zu veräußern um es zinsbar zu benutzen; aber gerade die Veräußerung und Verzehrung der vindicirten Sache iſt dem Beklagten durchaus unterſagt (§ 264. p. q. r). Der Unterſchied von der perſönlichen Schuldklage auf eine Geldſumme liegt alſo darin, daß durch dieſe dem Beklagten ſein eigenes Geld abgefordert wird, deſſen Veräußerung und zinsbare Benutzung ihm nicht unterſagt iſt (a).

2. Bei der Erbſchaftsklage verhält es ſich ganz anders, und gerade hier finden ſich die vollſtändigſten Zeugniſſe für die Anwendung unſres Princips. Zwar iſt auch dieſe Klage in rem, ſo gut als die Eigenthumsklage, allein ſie bezieht ſich nicht ſo wie dieſe auf eine beſtimmte einzelne Sache, ſondern auf eine Vermögensmaſſe, und umfaßt alſo nothwendig auch viele Gegen-

(a) Dieſe Eigenthümlichkeit der Vindication in Beziehung auf die Prozeßzinſen iſt richtig bemerkt von Buchka Einfluß des Prozeſſes S. 265. — Man möchte Daſſelbe erwarten bei der (perſönlichen) actio depositi, da auch hier beſtimmte Geldſtücke gefordert werden, und deren Veräußerung gleichfalls rechtswidrig iſt. Allein hier ſind meiſt die Prozeßzinſen durch die Mora abſorbirt, die oft ſchon vor dem Rechtsſtreit eintritt, ſpäteſtens aber mit der Inſinuation der Klage, alſo in beiden Fällen vor der L. C. (Vgl. unten Note h).

stände, die für sich betrachtet eine obligatorische Natur haben. — Bei dieser Klage finden sich folgende einzelne Bestimmungen über Prozeßzinsen.

a) Der Besitzer zahlt, von der L. C. an, Zinsen desjenigen Geldes, welches er vor der L. C. aus verkauften Erbschaftssachen gelöst hat, und das dadurch Bestandtheil der Erbschaftsmasse geworden ist (b). Unter diese verkaufte Erbschaftssachen gehören natürlich auch die Naturalfrüchte, die er bezogen und dann veräußert hat (c); eben so ohne Zweifel auch das eingenommene Mieth- und Pachtgeld.

Hierin nun sind unverkennbar reine Prozeßzinsen enthalten, welches sich auch darin zeigt, daß das Princip der versäumten Früchte darauf angewendet wird. Wenn nämlich der Beklagte das bedungene Kaufgeld einzutreiben unterläßt, so muß er dennoch auch davon Zinsen zahlen (d). — Gegen den unredlichen Besitzer hat der Kläger die Wahl, ob er, so wie gegen den redlichen, das erlöste Kaufgeld mit Zinsen, oder aber den wahren Werth der Sache mit

(b) *L.* 1 § 1 *C, de her. pet.* (3. 31) „usuras pretii rerum ante L. C. venditarum, *ex die contestationis* computandas, omnimodo reddere compellantur." — Damit stimmt überein *L.* 20 § 11 *de her. pet.* (5. 3), nur daß hier, wie oben bemerkt, die denuntiatio anstatt der L. C. erwähnt wird. Die in *L.* 20 § 6 *eod.* verneinte Zinsverpflichtung ist von den vor dem Rechtsstreit durch den redlichen Besitzer erhobenen Zinsen zu verstehen.

(c) Darauf geht *L.* 51 § 1 *de her. pet.* (5. 3), wobei nur hinzugedacht werden muß, daß die vor der L. C. gewonnenen Früchte verkauft worden sind, s. o. § 270. l. —

(d) *L.* 20 § 15 *de her. pet.* (5. 3).

Einrechnung der möglichen Früchte derselben, fordern will (e). Das will sagen, er kann den geschlossenen Verkauf mit seinen Folgen anerkennen oder nicht, je nachdem ihm das Eine oder das Andere vortheilhafter dünkt.

(b) Das Geld, wovon der Beklagte nach der eben aufgestellten Regel Zinsen zahlen soll, war von ihm selbst in die Erbschaftsmasse gebracht worden. Es fragt sich aber, ob er auch von dem in der Erbschaft vorgefundenen baaren Geld Zinsen zu zahlen hat. Nach allgemeiner Betrachtung müssen wir geneigt seyn, dieses ganz nach derselben Regel, wie das vorher erwähnte, zu behandeln. Er ist Verwalter eines möglicherweise fremden Vermögens, und hat daher dessen Bestandtheile, je nach ihrer Art, als guter Hausvater zu behandeln. Ein solcher aber wird nicht Geldsummen müßig liegen lassen. Wenn also z. B. der Verstorbene kurz vor seinem Tode ein zinsbares Capital eincassirt, und nicht Zeit genug gehabt hat, es wieder auszuleihen, so dürfte der Besitzer schwerlich zu rechtfertigen seyn, der es während des ganzen Rechtsstreits unbenutzt liegen lassen wollte.

Dennoch scheint ganz unerwartet Papinian in folgender von Ulpian angeführten Stelle sagen zu wollen, daß der Besitzer der Erbschaft von allem vorgefundenen baaren Geld niemals Zinsen zu zahlen habe:

„Papinianus autem libro tertio quaestionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate

(e) *L.* 20 § 12. 16, *L.* 36 § 3 *de her. pet.* (5. 3).

non attingat, *negat eum omnino in usuras conveniendum.*“ (f).

Glücklicherweiſe haben wir aber aus demſelben Werke des Papinian, welches hier von Ulpian angeführt wird, eine Stelle, welche dazu dient, den aufgeſtellten Grundſatz nicht nur gegen dieſen ſcheinbaren Widerſpruch des Papinian zu retten, ſondern zugleich durch eine nothwendige nähere Beſtimmung vollſtändiger auszubilden: „de pecunia *deposita*, quam heres non attingit, usuras praestare non cogitur“ (g).

In beiden Stellen iſt die Rede von einer pecunia *quam non attingit*, nur wird in der erſten, als der nicht Berührende, der possessor hereditatis genannt, in der zweiten der heres, und dieſer Ausdruck, verbunden mit der Erwähnung der pecunia *deposita*, führt zunächſt dahin, die Stelle von einer actio depositi gegen den wahren Erben des Depoſitars zu erklären. Dennoch glaube ich dieſe Erklärung ſchlechthin verwerfen zu müſſen. Die ganze Stelle, woraus dieſes kleine Stück genommen iſt, ſpricht von dem Beklagten in einer Vindication, und mit dieſem kann wohl der Beklagte in einer Erbſchaftsklage, aber nicht der Beklagte in einer actio depositi, zuſammen geſtellt werden. Daher halte ich folgende Erklärung für richtiger (h).

(f) *L.* 20 § 14 *de her. pet.* (5. 3).

(g) *L.* 62 *pr. de rei vind.* (6. 1) aus Papinianus lib. VI. Quaestionum.

(h) Ich will jedoch nicht verſchweigen, daß auch noch eine andere Erklärung der Stelle juriſtiſch möglich iſt. Es kann allerdings die Rede ſeyn von dem

Heres steht hier für possessor hereditatis, wodurch beide Stellen auf einen und denselben Fall bezogen werden. Pecunia *deposita* heißt eine Geldsumme, welche der Verstorbene dazu bestimmt hatte, nicht in der Haushaltung verbraucht, auch nicht ausgeliehen, sondern vielmehr als ein Nothpfennig baar aufbewahrt zu werden, welcher Fall anderwärts genau angegeben und mit dem ganz verwandten Ausdruck: pecunia praesidii causa *reposita* (oder auch *seposita*) bezeichnet wird (i). Solches Geld

Erben eines Depositars, gegen welchen die actio depositi angestellt wird. Nur müssen dann folgende Voraussetzungen hineingetragen werden: 1. daß nicht schon der Verstorbene in Mora war, denn sonst würde die Mora (mit der Zinsenverpflichtung) auf den Erben übergegangen seyn, ohne daß diesen das Nichtberühren des Geldes schützen könnte (*L.* 87 § 1 *in f. de leg.* 2); 2. daß auch er selbst, nicht durch Mahnung in Mora versetzt war, aus demselben Grunde. Dieses letzte ließe sich allerdings so denken, daß der Erbe Nichts von dem Depositum gewußt hätte, welches die Mora abwendet (*L.* 42 *de R. J.*), und daß er doch zugleich aus Gewissenhaftigkeit erklärte, er wolle das Geld einstweilen unberührt lassen, wodurch dieser Fall dem des vindicirten Geldes ähnlich würde (Note a). — Daß nun aber bei dieser Erklärung so Vieles hinzugedacht werden muß, wenn der Ausspruch nicht durch andere unzweifelhafte Rechtsregeln widerlegt werden soll, macht diese Erklärung sehr bedenklich, und giebt der ersten den Vorzug, welche ohnehin durch die wörtliche Ähnlichkeit beider Stellen unterstützt wird.

(i) *L.* 79 § 1 *de leg.* 3 (32) „His verbis: *quae ibi mobilia mea erunt do lego*, nummos ibi *repositos ut mutui darentur*, non esse legatos Proculus ait: at eos, quos *praesidii causa repositos* habet, ut quidam bellis civilibus factitassent, eos legato contineri: Et audisse se rusticos senes ita dicentes, pecuniam sine peculio fragilem esse: peculium appellantes, quod praesidii causa seponeretur.“ — Diese Erklärung ist schon angegeben von Glück B. 8 S. 297. 298. Zur Unterstützung derselben kann noch folgende Bemerkung dienen. Die von Papinian an zwei Orten erwähnte *pecunia* inventa (deposita) in hereditate quam heres (possessor hereditatis) *non attingit* hat offen-

ſoll auch der Beſitzer der Erbſchaft fernerhin unberührt aufbewahren dürfen, ohne dafür Zinſen zu bezahlen, indem er nur die von dem Erblaſſer angefangene Behandlungsweiſe dieſes Geldes fortſetzt. — Erklärt man nun die von Ulpian referirte Äußerung des Papinian von dieſem ganz beſonderen Fall, wofür die ähnlichen Ausdrücke (das non attingit) ſehr deutlich ſprechen, ſo iſt der oben aufgeſtellte Grundſatz gegen jeden Widerſpruch gerettet: denn es wird Niemand zweifeln, daß ein ſolches Verfahren ganz in den Gränzen verſtändiger Vermögensverwaltung liegt, nnd die Freiſprechung von Prozeßzinſen gründet ſich alsdann darauf, daß der erwähnte Nothpfennig überhaupt gar nicht als baares, zum Umlauf beſtimmtes, Geld in Betracht kommt.

3. Bei der Klage auf Legate oder Fideicommiſſe, die in baarem Gelde beſtehen, ſind Zinſen eben ſo wie andere Früchte von der Zeit der L. C. an zu entrichten (k), und darin liegt eine entſchiedene Anerkennung des Princips der Prozeßzinſen. Indeſſen muß dabei ſtets die Vorausſetzung hinzugedacht werden, daß aus zufälligen Gründen

bar das Anſehen einer ſprüchwörtlich erzählten Curioſität, ſo wie Gajus III. § 196 „quod veteres scripserunt de eo qui in aciem perduxisset," und Gajus III. § 202 „et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum." Dieſes paßt nun ſehr gut zu dem von Procu-lus erwähnten ſingulären Fall der praesidii causa nummi repositi.

(k) *L.* 1. 2 *C. de usur. et fruct.* (6. 47). — Für die Früchte allein (ohne Erwähnung der Zinſen) wird die L. C. als Anfangspunkt bezeichnet in *L.* 51 *pr. fam. herc.* (10. 2), *L.* 4 *C. de usur. et fruct.* (6. 47).

nicht etwa schon früher eine Mora begründet war, da die Prozeßzinsen überall durch die Verzugszinsen absorbirt werden.

Daß nämlich bei Legaten und Fideicommissen die Mora an sich, vor allem Rechtsstreit, die Forderung von Verzugszinsen begründet, eben so wie von allen anderen Früchten, ist unzweifelhaft. Anfangs galt dieses blos bei Fideicommissen, später auch bei dem legatum sinendi modo, zuletzt eben so bei dem damnationis und vindicationis legatum (l).

Die Stellen nun, welche bald die Mora, bald die L. C. als Anfangspunkt einer solchen Verpflichtung erwähnen, sind nicht so zu verstehen, als ob über diesen Gegensatz entweder Streit, oder eine Verschiedenheit des älteren und neueren Rechts, bestanden hätte; vielmehr war die Mora allgemeine Regel, und die L. C. trat oft nachhelfend ein, da wo im einzelnen Fall die Bedingungen der Mora fehlten (§ 264. g). Ganz besonders aber sollten beide Ausdrücke, ohne unter sich einen wahren Gegensatz zu bilden, vielmehr den gemeinsamen Gegensatz feststellen gegen die auch wohl denkbare Meinung, nach welcher Früchte und Zinsen von der Zeit des Todes an zu rechnen ge-

(l) Gajus II. § 280 (Fideicommiß und leg. sinendi modo), *L.* 51 *pr. fam. herc.* (10. 2 Vindicationslegat), *L.* 91 § 7 *de leg.* 1 (30. Damnationslegat), *L.* 3 *pr. de usuris* (22. 1. Fideicommiß), *L.* 39 § 1 *de leg.* 1 (30. unbestimmt), *L.* 4 *C. de us. et fruct.* (6. 47. Fideicommiß, leg. damn. und vind. zugleich, s. u. Note m).

weſen wären. Dieſe Meinung ſollte durch alle jene Stellen vorzugsweiſe zurück gewieſen werden (m).

4. Bei den perſönlichen Klagen endlich werden die Prozeßzinſen zufällig gar nicht erwähnt; die Gründe dieſer Erſcheinung ſind ſchon oben angedeutet worden. Bei den freien Klagen nämlich wurden die Prozeßzinſen oft durch die vorhergehende Mora abſorbirt, und konnten alſo nur in ſolchen Fällen zur Anwendung kommen, worin die Mora zufällig fehlte. Bei den ſtrengen Klagen aber waren die Prozeßzinſen gerade für die wichtigſte Art derſelben, die certi condictio, ausgeſchloſſen, und daher auf den engeren Kreis der übrigen Condictionen beſchränkt.

In der ſchwierigen Lehre von den Prozeßzinſen würden noch immer manche Zweifel zurück bleiben können, wenn nicht eine dem älteren R. R. angehörende Frage, die mit manchen Stellen des Juſtinianiſchen Rechts in Verbindung ſteht, unterſucht und beantwortet wird. Es iſt nämlich oben bemerkt worden, daß die L. C. bei allen Klagen eine Conſumtion des Klagerechts, bei manchen perſönlichen Klagen auch eine Novation der zum Grunde liegenden Obligation zur Folge hatte: die Novation jedoch mit weit beſchränkteren Wirkungen als die, welche aus einer gewöhnlichen, nichtprozeſſualiſchen, Novation entſprangen (§ 258).

(m) *L.* 4 *C. de us. et fruct.* (6. 47) „In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem *non ex die mortis* consequuntur, sive in rem sive in personam agatur.“

Die Frage ist nun die: wirkte die Consumtion und die Novation auf eine Zinsenforderung?

Dabei müssen die oben dargestellten Gattungen der Zinsen genau unterschieden werden.

A. Viele derselben hatten gar keinen selbstständigen Rechtsgrund, indem sie nur entweder ein Stück einer anderen Obligation bildeten (wie das Pactum auf Zinsen neben einem b. f. contractus), oder überhaupt nicht auf einer eigentlichen Obligation, sondern nur auf dem officium judicis beruhten (wie die Verzugszinsen und die Prozeßzinsen).

Bei diesen hat die Sache keinen Zweifel. Die Anstellung der Hauptklage consumirte gewiß die Zinsenforderung, so daß niemals späterhin eine neue Klage auf solche Zinsen angestellt werden konnte.

Eine Novation konnte für diese Zinsenforderungen nicht eintreten, weil sie überhaupt nicht auf einer vorhergehenden Obligation, wenigstens nicht auf einer selbstständigen, beruhten.

B. Andere dagegen hatten einen selbstständigen Entstehungsgrund, wohin namentlich die auf einer Stipulation beruhenden Zinsen (neben Darlehn, oder Stipulation, als Hauptobligation) gehörten.

Hier ist vor Allem die oben durchgeführte Regel in Erinnerung zu bringen, daß in diesen Fällen niemals mit Einer Klage auf Kapital und Zinsen geklagt werden konnte, sondern stets mit zwei verschiedenen Klagen, einer certi und

einer incerti condictio. War die Hauptobligation ein b. f. contractus, ſo waren es gleichfalls zwei verſchiedene Klagen: die b. f. actio und die incerti condictio.

Wenn nun auf das Kapital geklagt wurde, ſo konnte dieſe Klage die völlig verſchiedene Zinſenklage nicht conſumiren, d. h. dieſe war durch die Kapitalklage nicht in judicium deducirt.

Die in der L. C. der Hauptklage liegende Novation konnte die bereits fällig gewordenen Zinspoſten gewiß nicht tilgen, da dieſe ja ſelbſt durch baare Zahlung des Kapitals nicht getilgt worden wären. Eine andere, und zwar beſtrittene Frage aber iſt es, ob durch die Novation der Hauptklage die Entſtehung neuer Zinſen, alſo namentlich für die ganze Zeit des dauernden Rechtsſtreits, unmöglich gemacht wurde. Man könnte dieſes mit einigem Schein behaupten, weil ja die Zinsobligation eine acceſſoriſche Natur hat; iſt nun die Kapitalforderung durch Novation getilgt, ſo ſcheint dadurch auch der acceſſoriſche Zinſenlauf für die Folge vernichtet zu ſeyn. Indeſſen muß aus folgendem Grunde das Gegentheil behauptet werden.

Es giebt außer den Zinſen auch noch manche andere Acceſſionen einer Obligation: namentlich Pfänder und Bürgſchaften. Alle dieſe Acceſſionen gehen durch eine eigentliche, vertragsmäßige Novation, eben ſo wie durch baare Zahlung, wirklich unter. Wollte man nun dieſelbe Wirkung auch der in der L. C. liegenden Prozeß-Novation zuſchreiben, ſo würde durch die L. C. der Kläger in Nachtheil gerathen,

da dieſelbe doch dazu beſtimmt iſt, ihm Vortheil zu bringen. Daher gehen durch die L. C. die Acceſſionen nicht unter. Für das Pfand iſt dieſes ausdrücklich geſagt (n). Für die Zinſen (worauf allein es hier ankommt) ſoll es ſogleich durch ein Reſcript von Severus bewieſen werden. Nur bei den Bürgſchaften verhält es ſich anders, aber nicht wegen der Novation, ſondern aus einem ganz anderen, viel weiter greifenden Grunde, der auch bei ſolchen Klagen einwirkte, in welchen die L. C. nicht mit einer Novation verbunden war. Die Klage gegen den Bürgen hatte mit der Klage gegen den Hauptſchuldner eine und dieſelbe Intentio, war alſo mit ihr (wenn auch nicht in der Bezeichnung der Perſonen, doch objectiv) identiſch, und deswegen wurde durch die Hauptklage zugleich die Klage gegen den Bürgen in judicium deducirt und conſumirt. Dieſer Satz wird von Cicero bezeugt, und galt bis auf Juſtinian, der ihn ausdrücklich aufhob (o). Ein ähnlicher Grund trat bei den Zinſen nicht ein, deren Lauf daher durch die L. C. über die Hauptklage nicht unterbrochen wurde.

Wenn ferner auf die Zinſen geklagt wurde, ſo wurde damit die ganze Zinſenſtipulation in judicium deducirt und conſumirt, alſo ſowohl für die verfallenen als für die noch

(n) *L.* 11 *pr.* § 1 *de pign. act.* (13. 7), *L.* 13 § 4 *de pign.* (20. 1). Eben ſo iſt es mit dem privilegium dotis et tutelae. *L.* 29 *de nov.* (46. 2), wo zugleich der allgemeine Grund ausgeſprochen iſt.

(o) Cicero ad Att. XVI. 15. *L.* 28 *C. de fidejuss.* (8. 41). Ausführlich und gründlich handelt von dieſem Satz Keller § 52, wo alle hierher gehörende Quellenzeugniſſe angeführt ſind.

künftig zu erwartenden Zinsen, weil beide auf einer und derselben Stipulation beruhten, die als Obligation ein Ganzes bildete. Auf die verfallenen sprach der Juder nun wirklich, auf die künftigen zu sprechen hatte er gegenwärtig noch keinen Grund; da aber die Klage auf dieselbe consumirt war, so waren diese künftigen Zinsen für immer verloren. Um diese Gefahr zu vermeiden, mußte der Kläger eine Präscription: cujus rei dies fuit seiner Klage hinzu fügen (p).

Diese Sätze mußten voran geschickt werden, um die Erklärung der folgenden wichtigen Stelle vorzubereiten, die auf mancherlei Weise misverstanden worden ist:

„Judicio coepto, usurarum stipulatio non est peremta; superest igitur, ut debitorem ejus temporis quod non est in judicium deductum convenire possis“ (q).

Der erste Satz dieser Stelle bestätigt unmittelbar die so eben aufgestellte Behauptung, daß die Anstellung der Kapitalklage keine Consumtion und keine Novation für die Zinsenstipulation bewirke, diese Stipulation also nicht zerstöre. Der zweite Satz knüpft daran die Folgerung, daß auch nach angestellter Kapitalklage noch immer eine abgesonderte Zinsenklage angestellt werden könne. Dieses Letzte jedoch mit der Einschränkung, wenn nicht etwa die Klage auf die jetzt fällig gewordenen Zinsposten durch eine schon früher angestellte Zinsenklage consumirt sey. Eine solche

(p) Gajus IV. § 131.
(q) *L.* 1 *C. de jud.* (3. 1) von Severus und Antoninus.

Consumtion aber war nicht vorhanden, sowohl wenn noch gar nicht auf Zinsen geklagt worden war, als wenn bei einer früheren Zinsenklage die oben erklärte Präscription angewendet war, um die Consumtion der künftig eintretenden Zinsposten abzuwenden (r).

Um die Lehre von den Prozeßzinsen ganz abzuschließen, bleibt nur noch übrig, die Meinung neuerer Schriftsteller über den Zustand des heutigen Rechts in dieser Lehre kurz anzugeben.

Neuerlich ist von Mehreren die Zulässigkeit von Prozeßzinsen gänzlich verworfen worden, indem sie dieselben nicht sowohl negirt, als ignorirt haben. Sie gehen nämlich davon aus, es gebe überhaupt, aus Veranlassung eines Rechtsstreits, keine andere Zinsen als Verzugszinsen. Da nun (welches auch ich annehme) die L. C. keine Mora begründe, so könnten Prozeßzinsen, d. h. Zinsen die durch die

(r) Mayer Litiscontestation S. 35—38 behauptet, im Widerspruch mit den hier aufgestellten Sätzen, die Kapitalklage habe durch die Novation der L. C. den ferneren Zinsenlauf zerstört. Er verwechselt dabei die Consumtion und Novation, so wie er die zwei verschiedenen Klagen auf Kapital und Zinsen nicht unterscheidet, und ohne Grund einen practischen Unterschied zwischen Pfändern und Zinsen behauptet, welche selbstgemachte Schwierigkeit er dann nicht ohne Scharfsinn zu beseitigen sucht durch die Unterscheidung alter und neuer Rechtsinstitute. Sein Hauptbeweis liegt in *L.* 90 *de V. O.* (45. 1), welche für den Fall der poenae stipulatio (einer anderen Form als das Zinsgeschäft, aber mit ähnlichem Zweck und Erfolg) ganz richtig dasselbe behauptet, welches in *L.* 1 *C. de jud.* für die Zinsen gesagt ist. Er sieht darin eine versteckte Anspielung darauf, daß bei den Zinsen das Gegentheil gelte, trägt also ganz willkührlich ein argumentum a contrario in die Stelle hinein.

L. C. als solche begründet würden, niemals vorkommen. Insbesondere seyen sie bei den stricti juris Contracten ganz unmöglich, weil für diese überhaupt keine Verzugszinsen zugelassen würden (s). Das practisch Wichtige in dieser Meinung liegt nicht sowohl darin, daß man den Namen der Prozeßzinsen nicht zulassen, sondern nur von Verzugszinsen reden will, als vielmehr darin, daß in allen Fällen, in welchen die besonderen Bedingungen einer Mora nicht vorhanden sind, überhaupt gar keine Zinsen gelten sollen.

Die hier vertheidigte Meinung dagegen hat zu allen Zeiten zahlreiche Anhänger gefunden. Eigentlich gehören dahin alle Schriftsteller, welche für das R. R. die Gültigkeit der Prozeßzinsen bei den strengen Klagen behaupten (§ 270. p). Diese meinen damit in der That die allgemeine Gültigkeit der Prozeßzinsen überhaupt im gemeinen Recht, wie sich denn namentlich Huber zur Unterstützung seiner Meinung auf die heutige Praxis beruft. Außerdem aber haben sich auch mehrere Andere von dem rein practischen Standpunkt aus für die Annahme von Prozeßzinsen als solchen erklärt (t).

Bei dem Oberappellationsgericht zu Lübeck, welches für die Praxis der Vier freien Städte Zeugniß giebt, werden

(s) Göschen Vorlesungen B. 1. S. 478. — Madai Mora S. 369 bis 373. Wächter Heft 2 S. 54. 55, Heft 3 S. 24.

(t) Bayer Prozeß S. 233. 234. Linde Prozeß § 200 Note 5. Daß diese zugleich den Anfang von der Insinuation berechnen, anstatt von der L. C., ändert in dem Wesen der Sache Nichts. Von dieser Veränderung des Anfangspunktes wird unten besonders die Rede seyn.

Prozeßzinsen ganz allgemein angenommen, und zwar von der Inſinuation der Klage an. In dieſem Gerichtsſprengel findet ſich ein Fall, in welchem die eigenthümliche Natur der Prozeßzinſen, verſchieden von den Verzugszinſen, beſonders ſcharf hervortritt. In Hamburg werden (wenigſtens nach der Meinung mancher Schriftſteller) Verzugszinſen zu Fünf, Prozeßzinſen zu Sechs Procent berechnet, ſo daß bei einer vor dem Anfang des Rechtsſtreits wirklich vorhandenen Mora die Zinſen durch die Inſinuation um Ein Procent ſteigen (u).

Der Reviſions- und Caſſationshof zu Berlin, welcher als Oberappellationsgericht für die vormals Naſſauiſchen Landestheile nach gemeinem Recht und gemeinem Prozeß entſcheidet, erkennt regelmäßig auf Prozeßzinſen von der Inſinuation an (v). In den Gründen eines Urtheils vom J. 1832 wurde hier die eigenthümliche Natur der Prozeßzinſen, als verſchieden von den etwa ſchon vorhergegangenen Verzugszinſen, bei einer beſonderen Veranlaſſung ausdrücklich anerkannt.

Genau dieſelbe Praxis findet ſich auch bei der Juriſtenfacultät zu Berlin, die in ihrer Eigenſchaft als Spruchcollegium gleichfalls für Länder, worin das gemeine Recht gilt, Recht zu ſprechen hat (w).

(u) Ich verdanke dieſe Notiz einer ſchriftlichen Mittheilung meines Freundes Blume.

(v) Die Bezeichnung des Anfangs des Zinſenlaufs lautet verſchieden: von der Inſinuation, von der Zuſtellung der Klage, von der Klage an. Es iſt überall die Inſinuation gemeint.

(w) Auch hier kommen dieſelben

Die Preußische Gesetzgebung schließt sich ganz an die hier aufgestellten Regeln des gemeinen Rechts an, nur werden die Prozeßzinsen nicht wörtlich von den Verzugszinsen unterschieden, sondern bloß als ein einzelner Fall derselben behandelt, der jedoch bei jeder Geldforderung stets eintreten soll, wenn nicht schon vorher zufällig Verzugszinsen laufend waren. Außergerichtlich nämlich entsteht der Verzug, und durch ihn eine Zinsenforderung, durch den Eintritt eines vorbestimmten Zahlungstages, oder wo ein solcher fehlt durch Interpellation (x). War nun ein solcher Verzug vor dem Rechtsstreit nicht vorhanden, so entsteht derselbe mindestens mit der Insinuation der Klage, und von dieser Zeit fängt dann auch der Zinsenlauf an (y).

§. 272.

Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b. Verminderungen.

Die Veränderungen in dem Gegenstand eines Rechtsstreits, durch deren Eintritt eine Einwirkung der L. C. auf das materielle Rechtsverhältniß nöthig werden kann, sind theils Erweiterungen, theils Verminderungen (§ 264). Von diesen letzten soll nunmehr gehandelt werden.

Varietäten vor, welche in der Note v erwähnt werden, jedoch mit überwiegender wörtlicher Erwähnung der Insinuation, die ohnehin dem Sinn nach allgemein gedacht ist.

(x) A. L. R. Th. 1 Tit. 16 § 15. 16. 20. 64. 67. 68, und Tit. 11 § 827—829.

(y) A. G. O. Th. 1 Tit. 7 § 48. d.

Auch bei ihnen kommt die oben dargestellte Verwandtschaft und Zusammenwirkung von drei an sich verschiedenen Rechtsbegriffen in Betracht: Mora, mala fides, und Litiscontestation, und es sind dadurch nicht blos unter den neueren Schriftstellern große Streitigkeiten entstanden, sondern selbst in den Quellen des R. R. fehlt es nicht an verschiedenen Meinungen, so wie an zweifelhaften und schwankenden Zeugnissen. Ich will es versuchen, diejenigen Regeln anzugeben, welche nach unbefangener Betrachtung und Vergleichung der Quellenzeugnisse als letztes Resultat aus denselben hervorgehen.

Ehe aber die auf die Verminderungen bezüglichen Rechtsregeln aufgestellt werden können, ist es nöthig, über die Natur dieser Verminderungen selbst und die verschiedenen möglichen Gründe derselben eine Uebersicht zu geben.

Dahin gehört vor Allem der körperliche Untergang der Sache die den Gegenstand eines Rechtsstreites bildet, wohin der Tod eines Thieres, oder (bei den Römern) eines Sclaven, das Aufzehren der Sache, die durchgreifende Verarbeitung derselben mit Zerstörung ihrer bisherigen Form und Individualität, zu rechnen ist. — Eben so aber auch der partielle Untergang, wenn das auf einem streitigen Grundstück stehende Gebäude einstürzt oder abbrennt, so wie wenn ein Thier verwundet oder verstümmelt wird.

Es gehört dahin ferner der Verlust des Besitzes einer streitigen Sache, indem dadurch die Herausgabe derselben

dem Beklagten eben ſo unmöglich gemacht wird wie durch den Untergang.

Alle dieſe Veränderungen ſind Gegenſtände ſinnlicher Wahrnehmung, indem ſie theils den körperlichen Zuſtand einer Sache, theils deren räumliches Verhältniß zu dem Beſitzer betreffen. Daß dieſe durch die jetzt anzuſtellende Unterſuchung betroffen werden, kann keinem Zweifel unterworfen ſeyn.

Allein es giebt noch andere, und zwar unſichtbare, Fälle der Verminderung, welche darin beſtehen, daß der Geldwerth einer Sache abnimmt, während ihre Integrität und das bisherige Beſitzverhältniß unverändert bleibt; ein Fall, der beſonders bei ſchwankenden Waarenpreiſen im Handelsverkehr Statt findet. Dieſe Veränderlichkeit des Geldwerthes kommt auch bei dem Untergang einer Sache in Betracht, indem dabei, wenn überhaupt eine Entſchädigung zu leiſten iſt, die Frage entſteht, nach welcher Zeit der Geldwerth beſtimmt werden ſoll, welche Frage weiter unten beantwortet werden wird. Von dieſer Frage nun iſt allerdings die eben berührte verſchieden, welche dahin geht, ob, auch bei unveränderter objectiven Beſchaffenheit der Sache, die bloße Verminderung des Geldwerthes Grund einer Entſchädigung werden kann. Indeſſen ſtehen doch dieſe beiden Fragen in einem ſo nahen Zuſammenhang, daß eine gemeinſame Unterſuchung durchaus räthlich erſcheint. Fürjetzt alſo werden wir uns ganz auf die Folgen derjenigen

Veränderungen beſchränken müſſen, welche blos eine objective, äußerlich erkennbare Beſchaffenheit haben.

Ich will zuerſt diejenigen Regeln aufſtellen, die am wenigſten Zweifel mit ſich führen.

Wenn der Untergang oder der Beſitzverluſt einer ſtreitigen Sache nach der L. C. bewirkt wird durch Dolus oder Culpa des Beklagten, ſo muß dafür unbedingt Entſchädigung geleiſtet werden, der Beklagte mag redlicher oder unredlicher Beſitzer ſeyn, in einer Mora ſich befinden oder nicht. Dieſes gehört unter die wichtigſten Wirkungen der L. C., und iſt eine Folge der obligatoriſchen Natur der L. C., welche den Beklagten verpflichtet, die Sache mit der größten Sorgfalt zu verwalten. — Die aufgeſtellte Regel wird in folgenden wichtigen Anwendungen anerkannt.

1. Bei der Eigenthumsklage, wenn der Untergang der Sache durch nachläſſiges Thun oder Unterlaſſen bewirkt wird (a).

   Eben ſo wenn durch Nachläſſigkeit der Verluſt des Beſitzes herbeigeführt wird (b).

Eine wichtige Erweiterung erhält dieſe Regel für den Fall des unredlichen Beſitzers; dieſer ſoll auch für den in dem Zeitraum vor der L. C. begangenen Dolus oder Culpa Entſchädigung leiſten. Dieſes iſt der wahre Inhalt folgender, nicht ſelten unrichtig aufgefaßter, Stelle (c):

(a) *L.* 36 § 1, *L.* 33, *L.* 51 *de rei vind.* (6. 1), *L.* 91 *pr. de verb. obl.* (45. 1).

(b) *L.* 63, *L.* 36 § 1, *L.* 21, *L.* 17 § 1 *de rei vind.* (6. 1), *L.* 21 § 3 *de evict.* (21. 2).

(c) *L.* 45 *de rei vind.* (6. 1) aus Ulpianus lib. LXVIII. ad ed.

„Si homo sit, qui post conventionem restituitur (d), si quidem a bonae fidei possessore, puto cavendum esse de dolo solo debere: ceteros, etiam de culpa sua (e): inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam“ (f).

Der redliche Beſitzer, ſagt hier Ulpian, iſt verpflichtet für Dolus und Culpa einzuſtehen, die er nach der L. C. begeht, der unredliche Beſitzer auch für die vorher begangenen Handlungen ſolcher Art. Hat aber die von dem redlichen Beſitzer vor der L. C. begangene Handlung die Natur eines Dolus, ſo muß dafür allerdings auch er einſtehen (g). — Dieſe ſtrengere Behandlung des unredlichen

(d) post conventionem heißt, ſo wie auch anderwärts, ſo viel als post litis contestationem (§ 257. u). — Die hier erwähnte Reſtitution iſt die, welche bei den arbiträren Klagen auf die Aufforderung des Judex geſchah. Dieſe ſollte nur dann genügen, wenn Caution geſtellt wurde, daß dadurch dem Kläger eben ſo viel, wie außerdem durch das Urtheil, verſchafft wurde: Daher iſt der Inhalt dieſer Caution zugleich ein Zeugniß für den Inhalt des Urtheils (§ 260 Num. 1), in welchem Sinn es auch in meiner Erklärung aufgefaßt wird.

(e) Durch den Gegenſatz der folgenden Worte iſt es klar, daß die Culpa vor und nach der L. C. den unredlichen Beſitzer verantwortlich machen ſoll.

(f) d. h. für diejenigen Handlungen, die er nach der L. C. begeht, die ihn alſo wegen Dolus und Culpa verantwortlich machen ſollen.

(g) Es ſcheint widerſprechend, daß der redliche Beſitzer eines Dolus fähig ſeyn ſoll. Die Sache iſt aber ſo zu denken. Wenn er vor der L. C. den Sclaven manumittirt oder verpfändet hat, ſo war das zwar damals eine ehrliche Handlung. Wenn er ſie aber jetzt, bei der Reſtitution (die dadurch unwirkſam wird), verſchweigt, ſo macht er ſich dadurch eines Dolus ſchuldig; daher muß er Caution ſtellen, daß dergleichen nicht vorgefallen ſey. — Wetzell Vindicationsprozeß S. 206—211 erklärt die Stelle willkührlich und gezwungen, indem er unter andern einen grundloſen Unterſchied zwiſchen der Eigenthumsklage und Erbrechtsklage behauptet.

Beſitzers für die Zeit vor der L. C. ſcheint im Zuſammenhang zu ſtehen mit dem oben bei den Erweiterungen erwähnten, durch das Sc. Juventianum eingeführten, dolus praeteritus (§ 266. e. g), obgleich ſie über den Buchſtaben dieſes Ausdrucks noch hinaus geht.

2. Bei den perſönlichen Klagen, und zwar namentlich bei den Condictionen, bei welchen man es am erſten bezweifeln könnte, gilt dieſelbe Regel. Der Beklagte muß alſo Entſchädigung leiſten, wenn er nach der L. C. durch Dolus oder Culpa irgend einer Art den Untergang oder den Beſitzesverluſt der Sache bewirkt hat. Es liegt Dieſes in der omnis causa, zu welcher auch ihn die L. C. verpflichtet, und die darauf geht, dem Kläger alle Nachtheile zu vergüten, die aus der Dauer des Rechtsſtreites entſpringen (h). Vor der L. C. iſt der Stipulationsſchuldner (wenn keine Mora vorhanden iſt) nur ſchuldig die poſitiven Handlungen zu unterlaſſen, wodurch die Erfüllung unmöglich werden würde (i).

(h) *L.* 31 *pr. de reb. cred.* (12. 1) „Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit: id est, omne quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset.“ — Eben ſo iſt bei der Eigenthumsklage die omnis causa zu leiſten (*L.* 17 § 1 *de rei vind.* (6. 1), und auch daraus folgt die Entſchädigungspflicht für jeden durch Culpa bewirkten Verluſt der Sache. *L.* 36 § 1 *de rei vind.* (6. 1).

(i) *L.* 91 *pr. de verb. obl.* (45. 1).

§. 273.

Wirkung der L. C. II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Fortsetzung.)

Schwieriger und bestrittener als die bisher untersuchten Fälle der Verminderung ist der Fall, wenn ohne Dolus und Culpa des Beklagten, also durch Zufall, die Verminderung bewirkt, z. B. die Sache zerstört oder dem Besitz des Beklagten entzogen wird.

Unzweifelhaft ist es, daß in vielen Fällen dieser Art der Beklagte Entschädigung leisten muß, und daß insbesondere bei persönlichen Klagen die Mora, bei Klagen in rem der unredliche Besitz, Bestimmungsgründe für diese Verpflichtung sind. Allein theils die näheren Bestimmungen hierüber, theils das Verhältniß der L. C. zu den beiden erwähnten Momenten, ist in hohem Grade streitig.

Unter den neueren Schriftstellern ist die Meinungsverschiedenheit großentheils so zu bestimmen. Einige sagen, dem unredlichen Besitz nach der L. C. sey völlig gleiche Wirkung mit der Mora zuzuschreiben; beide nämlich begründeten eine Verpflichtung zum Ersatz nur unter gewissen Einschränkungen. Andere dagegen nehmen an, diese Einschränkungen seyen nur auf den unredlichen Besitz anzuwenden, die Verpflichtung aus der Mora dagegen sey ganz unbedingt (a).

(a) Buchka Einfluß des Prozesses S. 202, wo viele Schriftsteller angeführt werden. Wächter H. 3 S. 133.

Aber nicht blos unter den Neueren iſt ein ſolcher Widerſtreit wahrzunehmen; auch bei den Römiſchen Juriſten finden ſich theils unter den Schulen, theils unter den Einzelnen, ſehr abweichende Meinungen (b). Insbeſondere werden von Einzelnen extreme Meinungen nach beiden Richtungen hin, d. h. bald zu unbedingter Bejahung, bald zu unbedingter Verneinung der Verbindlichkeit zum Erſatz angeführt. Die ſpäteren großen Juriſten aber ſuchten dieſe Extreme zu einer billigen Vermittelung hinzuführen.

Die oben angedeuteten Einſchränkungen beziehen ſich auf zwei Punkte. Es ſoll, wie behauptet wird, die Entſchädigung davon abhängig gemacht werden, ob der Kläger die Sache, wenn ſie nicht untergegangen wäre, verkauft haben würde; imgleichen davon, ob der jetzt eingetretene Untergang auch dann eingetreten ſeyn würde, wenn der Kläger den Beſitz der Sache früher erhalten hätte. Beide Einſchränkungen werden bald einzeln, bald in Verbindung behauptet. Bei beiden endlich kommt es noch darauf an, wer von beiden Theilen das Daſeyn oder die Abweſenheit beider thatſächlichen Bedingungen zu beweiſen hat. — Ich werde dieſe Fragen zunächſt ganz unberührt laſſen, und erſt am Schluß dieſer Unterſuchung darauf zurückkommen.

I. Bei den perſönlichen Klagen iſt die Mora das entſcheidende Moment, und hierüber ſind bei folgenden einzelnen Klagen ausdrückliche Beſtimmungen vorhanden.

(b) Keller S. 170.

A. Bei der Stipulation findet sich in vielen unzweifelhaften Stellen der unbedingte Ausspruch, daß von der Mora an, also oft vor allem Rechtsstreit, der zufällige Untergang der versprochenen Sache den Schuldner zur Entschädigung verpflichte (c). Diese Regel erhält ihre vollständige Bestimmung durch den Gegensatz des Rechtszustandes, welcher vor der Mora, in Folge des blos geschlossenen Vertrages, stattfindet. In diesem Zeitraum haftet der Schuldner nur für denjenigen Untergang, welcher durch seine Absicht, oder durch seine culpose Handlungen (nicht durch bloße Unterlassungen) bewirkt wird (d).

B. Ganz derselbe Grundsatz einer unbedingten Verpflichtung soll gelten bei allen Obligationen, auch außer der Stipulation, welche mit einer Klage auf dare oportere (einer Condiction) verbunden sind (e). Eine bloße Anwendung dieser Regel ist es, daß der Dieb von dem Augenblick des Diebstahls an, durch welchen er stets in eine Mora versetzt wird, den zufälligen Untergang

(c) *L.* 82 § 1, *L.* 23 *de verb. obl.* (45. 1), *L.* 39 § 1 *de leg.* 1 (30). — Weniger direct ausgesprochen, aber dennoch erkennbar, findet sich dieselbe Regel auch in *L.* 91 *pr. de verb. obl.* (45. 1), *L.* 5 § 4 *de in litem jur.* (12. 3), *L.* 23 *de pec. const.* (13. 5).

(d) *L.* 91 *pr. de verb. obl.* (45. 1). Aber selbst bei der absichtlichen Veräußerung, welche hiernach gewiß zum Ersatz verpflichtet, kann diese Wirkung hinterher dadurch entkräftet werden, daß die Sache durch Zufall untergeht, indem nun die Veräußerung keinen Unterschied mehr macht. *L.* 45 *de verb. obl.* (45. 1).

(e) *L.* 5 *de reb. cred.* (12. 1). Das dare oportere ist, hier wie in vielen anderen Stellen, die Bezeichnung der Condictionen und zwar gerade der strengeren Arten derselben, mit Ausschluß der auf dare facere oportere gerichteten incerti condictio.

der gestohlenen Sache ersetzen muß; denn gegen ihn geht die auf dare oportere gerichtete condictio furtiva (f).

C. Bei dem Kaufcontract haftet gleichfalls der Verkäufer für den zufälligen Untergang der verkauften Sache (g).

D. Dieselbe Regel wird endlich auch bei Legaten erwähnt, wenn dem Erben zur Zeit des zufälligen Untergangs der Sache eine Mora zur Last fällt (h).

Es bedarf keines Beweises, daß in allen diesen Fällen der Schuldner um so mehr zur Entschädigung verpflichtet ist, wenn der Untergang der streitigen Sache durch seine Culpa, nicht durch Zufall, bewirkt wird.

Als Grund dieser strengen, durch die Mora herbeigeführten Verpflichtung wird in einer der angeführten Stellen der Umstand angegeben, daß durch die Mora (also durch eine bewußte Rechtsverletzung) dem Berechtigten jede Möglichkeit entzogen worden sey, die Sache zu verkaufen, wodurch er sich gegen allen Verlust geschützt haben würde (i).

Wenn nun diese strenge Verpflichtung von der Mora an behauptet werden muß, so wird dieselbe in den meisten hierher gehörenden Fällen um so weniger bezweifelt werden können, wenn es (ohne daß eine frühere Mora nachzuweisen ist) in dem Rechtsstreit zur Insinuation der Klage, oder

(f) *L.* 20, *L.* 8 § 1 *de cond. furt.* (13. 1), *L.* 9 *C. de furtis* (6. 2).

(g) *L.* 4. 6 *C. de peric.* (4. 48).

(h) *L.* 39 § 1, *L.* 47 § 6, *L.* 108 § 11 *de leg.* 1 (30), *L.* 23 *de verb. obl.* (45. 1).

(i) *L.* 47 § 6 *de leg.* 1 (30).

ſogar zur L. C. gekommen iſt. Denn gerade in dieſen Fällen, bei dem Rechtsſtreit über eine beſtimmte einzelne Sache (bei welcher allein von dem Untergang die Rede iſt), wird nicht leicht ein Rechtsſtreit anfangen, ohne daß der Schuldner in einer Mora ſich befände. Beſonders wird dieſes gelten bei der Stipulation, deren formelle Natur meiſt allen Zweifel über das Daſeyn der Schuld ausſchließen muß (k).

Dieſe Bemerkung iſt wichtig für die Erklärung einiger anderen Stellen, in welchen leicht ein Widerſpruch gegen die aufgeſtellte Regel angenommen werden könnte. In dieſen Stellen nämlich wird geſagt, eine Verpflichtung wegen des zufälligen Unterganges ſey vorhanden von der L. C. an. Dieſes wird namentlich erwähnt bei der Stipulation, dem Legat, dem Depoſitum, und der Obligation aus einer in jure confessio (l).

Es liegt ſehr nahe, in dieſe Stellen ein argumentum a contrario hineinzutragen, ſo daß der Sinn derſelben ſeyn würde: nur von der L. C., und nicht ſchon von der Mora an. Dadurch würden dieſe Stellen in einen unauflöslichen Widerſpruch mit den vorher angeführten zahlreichen Zeugniſſen treten, und es würde dieſer Widerſpruch

(k) In dieſer Bemerkung liegt noch eine Beſtätigung der oben in § 264. d aufgeſtellten Erklärung der *L.* 82 § 1 *de verb. obl.* (45. 1) „Et hic moram videtur fecisse, qui litigare *maluit* quam restituere," nach welcher dieſe (von der Stipulation handelnde) Stelle nicht von jeder Prozeßführung überhaupt, ſondern nur von einer frivolen, böswilligen, zu verſtehen iſt.

(l) *L.* 8 *de re jud.* (42. 1), *L.* 12 § 3 *depos.* (16. 3), *L.* 5 *de confessis* (42. 2).

als eine aus Verſehen in die Digeſten aufgenommene Controverſe der alten Juriſten anzuſehen ſeyn. — Allein dieſe Erklärung iſt ſchon deswegen entſchieden zu verwerfen, weil derſelbe Pomponius in Einer Stelle die Mora, in einer andern die L. C. als unzweifelhaften Grund jener ſtrengen Verpflichtung bei der Stipulation angiebt (m). Jene ſcheinbar widerſprechende Stellen ſind alſo dahin zu vereinigen, daß die ſtrenge Verpflichtung von der Mora, und wo dieſe zufällig fehlt, von dem Rechtsſtreit anfängt, wobei nach den beſonderen Umſtänden des einzelnen Falles gerade die L. C. der Zeitpunkt ſeyn kann, in welchem der Richter die ſichere Annahme einer anfangenden Mora zuläſſig findet (§ 264. g). Vielleicht waren auch einige dieſer Äußerungen veranlaßt durch wirkliche Fälle, in welchem der Untergang zufällig in die Zeit nach der L. C. fiel, ſo daß ein Zurückgehen auf die frühere Zeit (von der Mora an) ohne practiſche Erheblichkeit war.

Außerdem aber findet ſich noch die Erwähnung, daß Sabinus und Caſſius jede Verpflichtung des Beklagten wegen des zufälligen Unterganges für unbillig und verwerflich erklärten (n). Dieſe Erwähnung einer ſo ſtark

(m) *L.* 5 *de reb. cred.* (12. 1) und *L.* 12 § 3 *depos.* (16. 3), beide aus Pomponius lib. XXII. ad Sabinum. Dabei iſt doch wohl an eine Controverſe gar nicht zu denken.

(n) *L.* 14 § 1 *depos.* (16. 3) „... veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius, absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt: quia aequum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere: utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.“ Der letzte Satz der Stelle wird unten berückſichtigt werden.

abweichenden Meinung hat nur eine hiſtoriſche Bedeutung, wie denn ſelbſt der Juriſt bei dem ſie ſich findet, eine eigene Beſtätigung derſelben nicht hinzufügt.

Ich habe abſichtlich die ſchwierigſte unter den hierher gehörenden Stellen erſt zum Schluß erwähnen wollen, um nicht das Ergebniß der ſicheren Zeugniſſe durch Einmiſchung eines dunklen unnöthig zu verwirren und zu ſchwächen. Dieſe von Ulpian herrührende Stelle hat folgenden Inhalt (o). Wenn ein Sclave durch Drohungen dem Eigenthümer abgenöthigt wird, ſo hat dieſer eine actio quod metus causa auf Rückgabe des Sclaven. Stirbt nun der Sclave durch Zufall, ſo kann das geſchehen entweder nach dem rechtskräftigen Urtheil, oder vor demſelben. Im erſten Fall, ſagt Ulpian, braucht der Beklagte Nichts mehr zu bezahlen, weil er ſchon wegen der verweigerten Natural-Reſtitution den dreifachen Werth als Strafe hat entrichten müſſen, wodurch jede fernere Leiſtung abſorbirt wird. Im zweiten Fall dagegen muß er den Werth des zufällig verlornen Sclaven erſetzen (p). Dieſer zweite Fall muß nun ſo gedacht werden, daß der Untergang des Sclaven in die Zeit zwiſchen der L. C. und dem Urtheil fiel (q), ſo daß dieſe Stelle in die Reihe der ſo eben ange-

(o) *L.* 14 § 11 *quod metus* (4. 2).

(p) l. c. „si autem ante sententiam .. mortuus fuerit, tenebitur (nämlich auf einfachen Schadenserſatz) ... itaque *interdum* hominis mortui pretium recipit."

(q) Und zwar muß noch beſtimmter angenommen werden, daß der Tod auch vor dem Reſtitutionsbefehl des Judex Statt fand, ſonſt

führten Stellen gehört, nach welchen der zufällige Untergang nach der L. C. zum Erſatz verpflichten ſoll (r). Ulpian fügt hinzu, Daſſelbe müſſe auch gelten bei den beiden Interdicten de vi und quod vi.

Wenn man übrigens die Wirkung der L. C. in der hier dargeſtellten Weiſe auffaßt, ſo iſt es einleuchtend, daß, bei dieſem Fall der ſtrengen Verpflichtung des Beklagten, die L. C. als ſolche (d. h. durch ihre obligatoriſche Kraft) eigentlich gar nicht für ein entſcheidendes Moment angeſehen werden kann.

II. Bei den Klagen *in rem* finden ſich über die Entſchädigung wegen des zufälligen Untergangs folgende Ausſprüche.

A. Eigenthumsklage.

Viele ältere Juriſten hatten behauptet, durch den zufälligen Untergang der Sache, ſelbſt nach der L. C., werde der Beklagte durchaus nicht zum Erſatz verpflichtet. Ulpian berichtigt dieſe extreme Meinung auf folgende Weiſe (s). Wenn der Untergang erfolge, nachdem ſchon

würde wegen des Ungehorſams die Strafe des dreifachen Werthes eingetreten ſeyn, welche ſo wie in dem erſten Fall den einfachen Schadenserſatz abſorbirt hätte. Es wäre nun eine eigentliche Mora geweſen.

(r) Ich will es nicht für unmöglich erklären, daß auch die Analogie der Eigenthumsklage hier vorgeſchwebt haben kann, indem allerdings bei den drei hier genannten perſönlichen Klagen der Beklagte auch als ein unredlicher Beſitzer angeſehen werden kann, und indem die Klage quod metus eine in rem scripta iſt. — Ueberhaupt mag es dahin geſtellt bleiben, ob das allerdings ſehr confuſe Ausſehen dieſer Stelle dem Verfaſſer zur Laſt fällt oder von einer ungeſchickten Behandlung der Compilatoren herrührt.

(s) *L.* 15 § 3 *de rei vind.* (6. 1).

der Judex das Recht des Klägers vorläufig anerkannt und die Natural-Reſtitution anbefohlen hatte (welches vor dem eigentlichen Urtheil geſchah § 221), ſo ſey der Beklagte allerdings zum Erſatz verpflichtet, indem nun die verzögerte Reſtitution eine wahre Mora enthalte, und daher die (oben entwickelten) Grundſätze der Mora in Obligationen anwendbar ſeyen. Dies iſt der Sinn folgender Worte der angeführten Stelle:

„Si servus petitus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique ajunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset (t), *moram passo* debere praestari (u): nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus.“

(t) Dieſe Worte werden weiter unten berückſichtigt werden.

(u) Die Mora in dieſer und der gleich folgenden Stelle werden gewöhnlich in dem allgemeinen Sinn aufgefaßt, als ob ſie blos die in der Natur des Rechtsſtreits liegende Verzögerung bedeuteten, alſo von Seiten des Beklagten die (an ſich nicht zu tadelnde) Prozeßführung anſtatt des freiwilligen Nachgebens. Schon an ſich iſt es unwahrſcheinlich, daß ein ſo beſtimmter und wichtiger Kunſtausdruck in einer ſo vagen Bedeutung, völlig verſchieden von dem wahren und techniſchen Sinn, gebraucht ſeyn ſollte. Seitdem wir aber die Natur der arbiträren Klagen aus Gajus kennen, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die hier erwähnte mora den Ungehorſam gegen den Reſtitutionsbefehl des Judex bezeichnet, alſo daſſelbe, welches anderwärts contumacia heißt. *L.* 1. *L.* 2 § 1 *de in litem jur.* (12. 3). Ohne Zweifel iſt in dieſer Stelle von einem redlichen Beſitzer die Rede. Die Mora iſt hier übrigens im eigentlichſten Sinn zu nehmen, und zwar auf die Obligation in der L. C. zu beziehen (§ 258. v). — Die richtige Erklärung der mora in dieſen Stellen hat Wetzell Vindicationsprozeß S. 179 — 181, der aber außerdem die Stelle gezwungen und unrichtig erklärt.

Eine Beſtätigung dieſes Ausſpruchs enthält auch die Fortſetzung derſelben Stelle (v) in folgenden Worten:

„Idem Julianus eodem libro scribit, *si moram fecerit* in homine reddendo possessor et homo mortuus sit, et fructuum rationem usque ad rei judicatae tempus spectandam esse“ (w).

Außerdem aber iſt, unabhängig von dieſer Mora und ſchon vor derſelben, der Beklagte für den zufälligen Untergang verhaftet, wenn er ein unredlicher Beſitzer iſt, und der Untergang nach der L. C. erfolgt (x).

B. Erbrechtsklage.

Hier hatten die älteren Juriſten eine unbedingte Verpflichtung des Beklagten wegen des nach der L. C. eingetretenen zufälligen Untergangs behauptet. Sie waren dazu veranlaßt worden durch die zu abſolut gefaßten Ausdrücke des Sc. Iuventianum. Paulus berichtigt dieſe zu weit gehende Behauptung durch die Unterſcheidung des

(v) *L.* 17 § 1 *de rei vind.* (6. 1).

(w) Wenn ſogar dieſe verſäumten Früchte erſetzt werden ſollen, ſo iſt gewiß vor Allem die Entſchädigung für den Werth des Sclaven ſelbſt als ein begründeter Anſpruch des Klägers gedacht.

(x) Vgl. die ſogleich folgende *L.* 40 *pr. de her. pet.* (5. 3), die ausdrücklich auch von der Eigenthumsklage ſpricht. — Wenn übrigens Paulus in *L.* 16 *pr. de rei vind.* (6. 1) ſagt: „*non* enim post litem contestatam *utique et fatum possessor praestare debet*,“ ſo reiht er ſich damit nicht etwa an die plerique an, die Ulpian in *L.* 15 § 3 *eod.* anführt und widerlegt; denn er verneint hier nur die unbedingte Erſatzverpflichtung, und dieſe negative Behauptung iſt eben ſo vereinbar, mit der durch die *mora* neu entſtehenden Verpflichtung (wie ſie Ulpian aufſtellt), als mit der beſonderen Verpflichtung des unredlichen Beſitzers, (wie ſie Paulus ſelbſt in *L.* 40 *pr. de her. pet.* anerkennt).

redlichen und unredlichen Beſitzers. Gegen den unredlichen Beſitzer ſey dieſe Strenge allerdings begründet, gegen den redlichen durchaus nicht. Er fügt hinzu, ganz Daſſelbe wie bei der Erbrechtsklage, müſſe auch bei der Eigenthumsklage zur Anwendung kommen. — Dies iſt der Sinn folgender Worte (y):

„quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor, restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet. Cassius, contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat: in bonae fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.“

Es hat jedoch keinen Zweifel, auf die Erbrechtsklage auch den Fall der unbedingten Verpflichtung des Beklagten anzuwenden, welcher oben bei der Eigenthumsklage in Folge einer eigenthümlichen Art der Mora, nachgewieſen

(y) *L.* 40 *pr. de her. pet.* (5. 3). Nach einer buchſtäblichen Interpretation könnte man die Sache ſo auffaſſen. Bei der Eigenthumsklage werde in der That von Paulus zwiſchen dem redlichen und unredlichen Beſitzer unterſchieden. Aber bei der Erbrechtsklage müſſe die (obgleich harte) Vorſchrift des Senatsſchluſſes auch für den redlichen Beſitzer gelten. Offenbar will jedoch Paulus ſagen, die Härte des Scts. gegen den redlichen Beſitzer liege zwar in den Worten, aber nicht in dem Sinn deſſelben. In dieſer Hinſicht will er beide Klagen völlig gleich behandelt wiſſen. Die Richtigkeit dieſer Erklärung geht aus den Schlußworten unwiderſprechlich hervor, die ja auf beide Klagen gleichmäßig paſſen.

worden iſt. Denn beide Klagen waren gleichmäßig arbitrariae, bei beiden kam eine vorläufige Anerkennung des Rechts und ein Reſtitutionsbefehl des Juder vor, und bei beiden mußte der Ungehorſam gegen dieſen Befehl gleich ſtrenge Wirkungen hervorbringen.

Es ergiebt ſich aus dieſer Zuſammenſtellung, daß in dieſen beiden Klagen die extremen Behauptungen der älteren Juriſten ſpäterhin zu einer billigen Mitte, die eine von Ulpian, die andere von Paulus, hingeführt worden ſind.

Zugleich geht aus der hier gegebenen Darſtellung für die eigenthümliche Wirkung der L. C. als ſolcher Folgendes hervor. In dem Fall der beſonderen Mora (des Ungehorſams gegen den Reſtitutionsbefehl) iſt die L. C. ſelbſt gar kein entſcheidendes Moment; ſie iſt nur mittelbar wichtig, indem gerade durch ihre vorhergehende Vollziehung der nachher eintretende Ungehorſam die Natur einer wahren Mora annimmt. Dagegen iſt im Fall des unredlichen Beſitzes die L. C. als ſolche das Entſcheidende; dieſer Fall iſt daher der einzige überhaupt, von welchem man behaupten kann, daß der Zeitpunkt der L. C. die Verpflichtung des Beklagten für jeden nachher eintretenden zufälligen Untergang beſtimmt.

C. Man kann dieſen Klagen in rem auch noch die actio ad exhibendum hinzufügen, welche zwar eine perſönliche Klage iſt, aber doch großentheils nach den Regeln der Eigenthumsklage beurtheilt wird. Auch bei dieſer Klage wird eine Verpflichtung des Beklagten wegen des

zufälligen Untergangs ausgeſprochen, jedoch ohne nähere Angabe der Gränzen derſelben (z).

Fragen wir zuletzt, welche unter den bisher aufgeſtellten Regeln auch noch im heutigen Recht anwendbar ſind, ſo kann die Antwort kaum zweifelhaft ſeyn. — Die allgemeine Verpflichtung des im Zuſtand der Mora befindlichen Schuldners iſt unbedenklich anwendbar. Eben ſo auch die Verbindlichkeit des unredlichen Beſitzers bei den Klagen in rem von der L. C. an. Dagegen kann die eigenthümliche Art der Mora bei der Eigenthumsklage und der Erbrechtsklage bei uns nicht mehr vorkommen, da ſie durch das ganz beſondere, für uns ſpurlos verſchwundene, Prozeßverfahren bei den arbiträren Klagen des R. R. bedingt iſt. Bei uns kann daher der Fall gar nicht mehr eintreten, in welchem das R. R. den Beklagten wegen einer ſolchen eigenthümlichen Mora, nämlich wegen des Ungehorſams gegen den vor dem Urtheil erlaſſenen Reſtitutionsbefehl, den zufälligen Untergang zu vergüten verpflichtete.

Das Preußiſche A. L. R. ſchließt ſich hier im Allgemeinen dem R. R. an. Es verpflichtet zur Vergütung

(z) *L.* 12 § 4 *ad exhib.* (10. 4) „*interdum* .. damnandus est.“ Mit dieſem Ausdruck wird auf beſchränkende Bedingungen der Verpflichtung hingedeutet, ohne dieſe näher zu bezeichnen. Ohne Zweifel ſind es dieſelben Bedingungen wie bei der Eigenthumsklage: alſo entweder der unredliche Beſitz des Beklagten, oder deſſen Mora, d. h. der Ungehorſam gegen den Exhibitionsbefehl des Juder, indem auch dieſe Klage unter die arbiträren gehört.

des Zufalls nicht jeden Beklagten überhaupt, obgleich demselben von der Insinuation an ein fingirter unredlicher Besitz zugeschrieben wird, sondern nur allein den eigentlich unredlichen Besitzer, also den, welcher wirklich weiß, daß er mit Unrecht besitzt (aa). Dieselbe Verpflichtung aber trifft auch den Schuldner, der mit der Uebergabe einer Sache im Verzug sich befindet (bb). — Es findet sich hier zwischen beiden Rechten völlige Uebereinstimmung, nur unter verschiedenen Ausdrücken, wie sie aus der Verschiedenheit der allgemeinen Auffassung hervorgehen mußte.

§. 274.

Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Fortsetzung.)

Ich wende mich jetzt zu der oben (§ 273) ausgesetzten Frage wegen der angeblichen Einschränkungen der strengen Ersatzverbindlichkeit des Beklagten.

(aa) A. L. R., Th. 1 Tit. 7 § 241. Der „eigentlich unredliche Besitzer" ist hier allerdings zunächst gesagt im Gegensatz des unrechtfertigen (§ 240), der hierin gelinder behandelt werden soll. Wenn aber schon der unrechtfertige, dessen Bewußtseyn doch immer etwas fehlerhaft ist, von dieser strengen Verpflichtung frei seyn soll, so muß dieselbe Befreiung um so mehr demjenigen gebühren, dem blos die fingirte Unredlichkeit wegen der Insinuation (§ 222) zugeschrieben werden kann, und dessen Bewußtseyn daneben vielleicht vollkommen tadellos ist. Insofern bezeichnet das eigentlich auch (wenigstens indirect) einen Gegensatz gegen den § 222. — Von der Einschränkung am Schluß des § 241 wird im folgenden § die Rede seyn.

(bb) A. L. R., Th. 1 Tit. 16 § 18.

I. Die erste dieser Einschränkungen wird darin gesetzt, daß der Kläger die streitige Sache, wenn sie ihm zu rechter Zeit gewährt worden wäre, verkauft und eben dadurch jeden Schaden für sein Vermögen abgewendet haben müßte. Natürlich wird dabei hinzugedacht, daß der Kläger beweisen müsse, er würde verkauft haben.

Betrachten wir zuerst diese Frage im Allgemeinen, nach der inneren Natur des Rechtsverhältnisses, so muß uns jene Behauptung sehr bedenklich erscheinen. Wer einem Andern eine Sache zu geben schuldig ist, und dieses mit wahrer Mora unterläßt, begeht dadurch ein Unrecht mit Bewußtseyn, welches unter andern die Folge hat, daß dem Creditor einstweilen der Verkauf der Sache unmöglich gemacht wird (a). Für diesen Nachtheil kann er dem Gegner im Fall eines zufälligen Untergangs nur dadurch wahren, vollständigen Ersatz leisten, daß er ihm den Werth der Sache bezahlt. Dabei erscheint also die entzogene Möglichkeit des Verkaufs als Motiv der strengen Verpflichtung. Durch die oben angegebene Behauptung soll nun dieses Motiv in eine Bedingung verwandelt werden, so daß der Kläger nur dann einen Ersatz fordern könnte, wenn er bewiese, daß er von jener Möglichkeit Gebrauch gemacht, also in der That verkauft haben würde. Dadurch wird aber die ganze Regel so gut als völlig entkräftet.

(a) Nämlich factisch unmöglich fast immer, so lange der Besitz (vielleicht auch das zu verschaffende Eigenthum) dem Kläger entzogen ist; zuweilen auch juristisch unmöglich, während des Rechtsstreits, wegen der Vorschriften über das litigiosum.

Denn der Beweis, daß der Kläger unter einer gewiſſen (jetzt fehlenden) Vorausſetzung Etwas gethan haben würde, iſt ſchon an ſich als eigentlicher Beweis unmöglich, ſo daß Diejenigen, die ihn dennoch fordern, anſtatt des Beweiſes eine gewiſſe factiſche Wahrſcheinlichkeit anzunehmen genöthigt ſeyn werden, die doch in der That kein Beweis iſt (b). Beſonders einleuchtend iſt Dieſes gerade in dem vorliegenden Fall, indem ſelbſt derjenige, der zu einem Verkauf entſchiedene Neigung hätte, einen Käufer nicht wird ſuchen und finden können, ſo lange ihm der Beſitz der Sache (bei perſönlichen Klagen auf Tradition ſogar das Eigenthum) fehlt. Nach dieſer allgemeinen Betrachtung müſſen wir alſo den für den Kläger verhinderten Verkauf als Motiv der ganzen Rechtsregel, nicht als Bedingung ihrer Anwendung, betrachten.

Sehen wir nun zu, in welcher Weiſe das R. R. dieſe Frage auffaßt.

A. Für den Fall der Mora bei den perſönlichen Klagen ſagen die meiſten unter den zahlreichen Stellen des R. R. hierüber gar Nichts. Sie ſprechen die unbedingte Verpflichtung des Beklagten zum Erſatz für den zufälligen Untergang aus, ohne irgend eine Ausnahme, ohne Erwähnung eines dem Kläger verhinderten Verkaufs.

(b) Allerdings giebt es Fälle, worin es factiſch größere Wahrſcheinlichkeit hat, daß der Kläger verkauft haben würde: namentlich wenn der Kläger Kaufmann iſt, und Waaren einklagt, die zu ſeinem Handelsgeſchäft gehören. Aber auch in dieſem Fall bleibt es noch ungewiß, ob er vor dem eingetretenen Untergang Käufer zu den von ihm geſtellten Preiſen gefunden hätte.

Eine einzige unter dieſen zahlreichen Stellen, die von Ulpian herrührt, erwähnt den Verkauf, und zwar in folgenden Worten (c):

„Item si fundus chasmate periit, Labeo ait, utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram id evenerit: *potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*“

Hier iſt die Sache genau ſo aufgefaßt, wie ich ſie ſo eben nach allgemeiner Betrachtung zu begründen geſucht habe. Die Verpflichtung zum Erſatz, von der Zeit der Mora an, wird unbedingt ausgeſprochen. Als Motiv der Verpflichtung wird die bloße Möglichkeit des Verkaufs angegeben; nicht aber wird die hypothetiſche Wirklichkeit des Verkaufs in eine Bedingung verwandelt, ohne deren Beweis die Verpflichtung nicht gelten ſollte.

Allerdings kann außer der ſo eben angeführten Stelle des Ulpian auch noch die ſchon oben angeführte, ſehr verworrene, Stelle deſſelben Juriſten über die actio quod metus causa in Betracht kommen, die von einer perſönlichen Klage, und in derſelben von den Wirkungen der Mora, oder der die Mora vertretenden L. C. ſpricht (d). Allein dieſe Stelle iſt durch die zweideutige Unbeſtimmtheit ihres Ausdrucks für die vorliegende Streitfrage ganz unentſcheidend. Sie lautet ſo:

(c) *L.* 47 § 6 *de leg.* 1 (30) aus Ulpianus lib. XXII. ad Sabinum.

(d) *L.* 14 § 11 *quod metus* (4. 2). Vgl. oben § 273.

„Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, *qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset.*“

Das qui kann hier ſprachlich eben ſowohl den Sinn von quia, als von si haben. Es kann alſo heißen: „weil er ihn vielleicht verkauft haben wird,“ als „wenn er ihn etwa verkauft haben wird.“ Die Stelle beweiſt alſo Nichts, weil ſie für beide Meinungen ausgelegt werden kann. Am wenigſten beweiſt ſie für die Annahme der Bedingung, weil derſelbe Ulpian in der unmittelbar vorher angeführten Stelle den Verkauf nicht als Bedingung, ſondern als Motiv aufgefaßt hat, welche Auffaſſung alſo auch in der gegenwärtig vorliegenden Stelle bei ihm für den Fall der Mora (oder L. C.) in perſönlichen Klagen vorauszuſetzen iſt.

B. Genau auf dieſelbe Weiſe wird von Paulus bei den Klagen auf Erbrecht oder Eigenthum die Verpflichtung des unredlichen Beſitzers von der L. C. an behandelt (e):

„post acceptum judicium .... damnari debebit secundum verba orationis, *quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea.* Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet ... In praedonis persona Proculus recte existimat.“

Auch hier wieder iſt die vorausgeſetzte allgemeine Möglichkeit des Verkaufs als Motiv einer unbedingten Verpflichtung ausgedrückt, und es iſt daraus nicht eine einſchränkende Bedingung für den Fall eines wirklichen Verkaufs gemacht.

(e) *L.* 40 *pr. de her. pet.* (5. 3). Vgl. § 273.

C. Bei den Klagen in rem, in welchen die ſtrenge Verpflichtung des Beklagten durch die dieſen Klagen eigenthümliche Art der Mora (den Ungehorſam gegen den Reſtitutionsbefehl) begründet wird, drückt ſich Ulpian ſo aus (f):

„Sed est verius, *si forte distracturus erat petitor si accepisset*, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus.“

Hier iſt allerdings ein Ausdruck gebraucht, der ein Bedingungsverhältniß bezeichnet. Wollten wir nun deshalb einen Widerſpruch mit den vorhergehenden Stellen annehmen, ſo würde Dieſes dadurch ſehr bedenklich werden, daß eine dieſer Stellen gleichfalls von Ulpian herrührt. Wollten wir, um dieſem Widerſpruch zu entgehen, annehmen, es habe hierin bei der Mora in den Klagen in rem ein anderes Recht gegolten, als bei der Mora in Obligationen und bei dem unredlichen Beſitzer, ſo würde dieſe Vorausſetzung kleinlich und unwahrſcheinlich ſeyn.

Dieſen Schwierigkeiten können wir jedoch durch folgende Erklärung der zuletzt angeführten Stelle entgehen, die zugleich eine vermittelnde Natur für die ganze hier vorliegende Controverſe hat. Si forte distracturus erat heißt wörtlich: „wenn es als eine Möglichkeit erſcheint, daß er verkauft hätte“ (alſo forte für: möglicherweiſe). Geſetzt nun, der Beklagte könnte in einem einzelnen Fall den

(f) *L.* 15 § 3 *de rei vind.* (6. 1) aus Ulpianus lib. XVI. ad ed. Vgl. § 273.

Beweis führen, daß der Kläger gewiß nicht verkauft haben würde, so wäre durch diesen Beweis (der freilich nur höchst selten zu führen seyn wird und darum practisch ziemlich unerheblich ist) die Möglichkeit des Verkaufs ausgeschlossen, worauf doch die ganze Verpflichtung beruhen soll. Diese Einschränkung könnte dann ohne Gefahr auch in die anderen Fälle hinein getragen werden, in welchen die Möglichkeit nur als Motiv, nicht als Bedingung ausgedrückt ist. Daß sie bei diesen Fällen nicht erwähnt wird, erklärt sich befriedigend aus der schon erwähnten seltenen Anwendbarkeit. Aus demselben Umstand erklärt es sich auch, daß so viele Stellen über die Mora in Obligationen die Verpflichtung des Schuldners zur Vergütung des zufälligen Untergangs unbedingt aussprechen, dadurch also gar keinen Raum für irgend eine Art der Einschränkung zu lassen scheinen. — Zugleich würde diese Erklärung auch auf die schwierige Stelle des Ulpian über die actio quod metus causa (Note d) Anwendung finden, und jeden Schein eines Widerspruchs derselben mit den übrigen Stellen beseitigen. — Ein Beispiel des (immerhin höchst seltenen) Beweises des Beklagten wäre etwa Folgendes. Ein Lehn- oder Fideicommißgut oder auch ein fundus dotalis wird gegen einen unredlichen Besitzer vindicirt. Ein Blitzstrahl (also der Zufall) verzehrt die Gebäude durch Feuer. Hier läßt sich die Möglichkeit des Verkaufs durch die unveräußerliche Natur des Grundstücks widerlegen. Aber selbst ohne die Voraussetzung eines aus Rechtsgründen unveräußerlichen Ge-

genſtandes läßt ſich der Beweis der unmöglichen Veräußerung denken; wenn z. B. der Kläger in der ganzen Zeit, worin die Mora oder der unredliche Beſitz des Beklagten beſtand, in weiter Entfernung von der Heimath gelebt hat, ohne einen Bevollmächtigten zurück zu laſſen, der in ſeinem Namen den Verkauf hätte vornehmen können.

Nimmt man dieſe Erklärung an, ſo würde ſich für alle Fälle der ſtrengen Verpflichtung die Sache ſo ſtellen. Die Verpflichtung wäre in ſofern unbedingt, daß der Kläger, um ſie geltend zu machen, niemals einen beſonderen Beweis zu führen hätte. Grund der Verpflichtung wäre die dem Berechtigten entzogene Möglichkeit die ſtreitige Sache vorher zu verkaufen, und dadurch jeden Schaden von ſeinem Vermögen abzuwenden. Dieſe Möglichkeit verſteht ſich im Allgemeinen von ſelbſt, und nur in den ſeltenen Fällen, worin der Beklagte beweiſt, daß die Möglichkeit nicht vorhanden war, fällt auch die durch ſie begründete Verpflichtung zur Entſchädigung hinweg.

II. Die zweite Einſchränkung hat den Sinn, daß der zufällige Untergang nicht zum Erſatz verpflichten ſoll, wenn er auch den Kläger als Beſitzer getroffen haben würde, ſondern nur dann, wenn er eine Folge des unrechtmäßigen Beſitzes des Beklagten war (g).

(g) Wenn ein Grundſtück durch einen Erdſturz untergeht (Note c), ſo iſt Dieſes ein Ereigniß, welches ohne Unterſchied des Beſitzers eingetreten wäre; eben ſo wenn ein Gebäude durch einen Blitzſtrahl eingeäſchert wird. Wenn dagegen eine eingeklagte bewegliche Sache mit dem ganzen Hauſe des Beklagten verbrennt, ſo iſt dieſer Unter-

Betrachten wir auch diese Einschränkung zuerst im Allgemeinen, nach der Natur des vorliegenden Rechtsverhältnisses. Eine scheinbare Rechtfertigung derselben liegt in dem Umstand, daß in dem ersten der beiden angegebenen Fälle der Kläger durch den vorenthaltenen Besitz keinen bleibenden Nachtheil erlitten zu haben scheint, indem sein Vermögen nach eingetretenem Untergang denselben Umfang haben würde, der Besitz möchte ihm vorenthalten worden seyn oder nicht.

Allein dieser Schein verschwindet, wenn man die erwähnte Einschränkung mit der so eben versuchten Erörterung der ersten Einschränkung zusammenhält. Denn auch wenn der Untergang so allgemeiner Natur ist, daß er überall Statt gefunden haben würde, so ist doch nicht die Möglichkeit abzuleugnen, daß der Kläger hätte, rechtzeitig verkaufen und dadurch von seinem Vermögen allen Verlust abwenden können. Gerade auf dieser entzogenen Möglichkeit aber beruht, wie oben gezeigt worden ist, die strenge Verpflichtung des Beklagten überhaupt.

Fragen wir jetzt, was in den Quellen des R. R. über diese zweite Einschränkung vorkommt.

Alle klare und entscheidende Stellen, welche oben für die Feststellung der strengen Regel selbst benutzt worden sind, schweigen darüber gänzlich. Wenn also in vielen

gang der streitigen Sache eine Folge davon, daß eben dieser Beklagte sie besaß. — Allerdings werden aber auch in dieser Hinsicht viele Fälle unentschieden in der Mitte liegen bleiben.

Stellen unbedingt ausgeſprochen wird, daß bei der Stipulation der Schuldner durch die Mora verpflichtet werde, den zufälligen Untergang der verſprochenen Sache zu vergüten, ohne irgend eine Erwähnnng jener Einſchränkung, ſo würden wir durch Annahme der Einſchränkung wenigſtens mit dieſen Stellen in entſchiedenen Widerſpruch treten, und es würde ſehr klarer, unzweideutiger Zeugniſſe bedürfen, wenn wir auch nur zu einem Zweifel, und zu dem Verſuch einer Vereinigung der ſcheinbar widerſprechenden Stellen veranlaßt werden ſollten. Ganz eben ſo verhält es ſich mit der ſtrengen Verpflichtung des unredlichen Beſitzers, ſo wie mit der eigenthümlichen Art der Mora bei den Klagen in rem.

Was wir nun in der That über jene angebliche Einſchränkung im R. R. finden, läßt ſich auf folgende Äußerungen zurück führen.

A. Bei der actio ad exhibendum iſt ſchon oben der Satz vorgetragen worden, daß der zufällige Untergang der Sache nach der L. C. den Beklagten zuweilen zur Entſchädigung verpflichte, welches ſo zu verſtehen iſt, daß die ſtrenge Verpflichtung unter denſelben Bedingungen eintreten ſoll, wie bei der Eigenthumsklage (§ 273. z). Dieſem Ausſpruch fügt Paulus folgende Worte hinzu (h):

„*Tanto magis*, si apparebit, eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.“

In dieſen Worten liegt Nichts als eine beſondere Be-

(h) *L.* 12 § 4 *ad exhib.* (10. 4).

kräftigung des Ausſpruchs für den hier bezeichneten Fall: es liegt aber darin keineswegs die Erklärung, daß das Gegentheil gelten ſolle, wenn der Untergang auf andere Weiſe erfolgt ſey. Eine Einſchränkung der ſtrengen Verpflichtung liegt in dieſen Worten durchaus nicht.

B. Bei der actio depositi war von Sabinus und Caſſius jede Verpflichtung des Depoſitars zum Erſatz des zufälligen Untergangs ſchlechthin verneint worden, welche Meinung von Gajus blos hiſtoriſch, ohne Billigung, erwähnt wird, und auch von den ſpäteren Juriſten, ſo wie ſpäterhin in der Compilation, verworfen worden iſt (§ 273. n). Dieſe verworfene ältere Meinung bekommt am Schluß der Stelle noch folgenden Zuſatz (i):

„utique, cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.“

Dieſe Worte laſſen eine doppelte Auslegung zu. Sie können heißen: die Verneinung ſey beſonders außer Zweifel in dieſem Fall (obgleich ſie auch außerdem wahr und richtig ſey). Sie können aber auch ſo verſtanden werden: die Verneinung ſey nur in dieſem Fall ſchlechthin wahr (anſtatt daß in anderen Fällen etwa noch Ausnahmen zugelaſſen werden könnten). Für das in der Compilation anerkannte, geltende Recht ſind dieſe Worte in jedem Fall ganz gleichgültig, da ſie ſich blos auf eine verworfene ältere Meinung beziehen: nach der einen Erklärung als

(i) *L.* 12 § 4 *depos.* (16. 3).

Bekräftigung dieſer Meinung, nach der anderen als Einſchränkung derſelben.

C. Endlich bleibt noch die öfter erwähnte ſehr verworrene Stelle des Ulpian über die actio quod metus causa übrig (k). Darin wird geſagt, bei dem zufälligen Untergang während des Rechtsſtreits ſey der Beklagte zum Erſatz verpflichtet:

„si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus“ (l).

In dieſen Worten ſcheint allerdings, nach einem ſehr nahe liegenden argumentum a contrario, für den entgegengeſetzten Fall (wenn die Sache in jedem Fall untergegangen wäre, z. B. bei dem natürlichen Tode des Sclaven vor Alter) jede ſtrenge Verpflichtung des Beklagten verneint zu werden, und Dieſes iſt in der That die einzige ſcheinbare Stütze der hier bekämpften Meinung. Es ſcheint mir jedoch aus folgenden Gründen durchaus unzuläſſig, den ſo

(k) *L.* 14 § 11 *quod metus* (4. 2). Vgl. oben § 273.

(l) Vollſtändig lautet der hierher gehörende Theil der Stelle ſo: Nachdem zuerſt geſagt war, für einen Sclaven, der ohne Schuld des Beklagten entlaufen ſey, habe der Beklagte blos Caution zu ſtellen, fährt Ulpian fort: „Sed et si non culpa *ejus cum quo agetur obierit*, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset tenebitur reus.“ Die hier curſiv gedruckten Worte ſind aus Haloander genommen, und geben folgenden Sinn. Vorher war die Rede geweſen von dem entlaufenen Sclaven („Ergo si *in fuga sit* servus sine dolo malo et culpa ejus cum quo agetur, cavendum esse“ rel). — Dagegen bildet den Gegenſatz der Fall des verſtorbenen Sclaven („Sed et si ... *obierit*“). — Die Leſeart der Florentina und der Vulgata: „Sed et si non culpa *ab eo* cum quo agetur *aberit*“ giebt durchaus keinen erträglichen Sinn.

eben mitgetheilten Ausſpruch dieſer Stelle zum Grunde einer allgemeinen Regel zu legen, und daraus für alle Klagen überhaupt eine ſolche Einſchränkung der ſtrengen Verpflichtung des Beklagten zu conſtruiren. Die entſcheidendſten und unzweifelhafteſten Stellen über dieſe ſtrenge Verpflichtung, ſowohl bei den wichtigſten obligatoriſchen Verträgen, als bei den Klagen auf Eigenthum und Erbrecht, ſtellen die ſtrenge Verpflichtung unbedingt, ohne eine ſolche Einſchränkung, auf, ſtehen alſo mit derſelben in Widerſpruch. Die Einſchränkung müßte in dieſelben aus der angeführten Stelle erſt hinein getragen werden, und dazu iſt dieſe Stelle keinesweges geeignet. Der verworrene Inhalt derſelben iſt ſchon oben bemerklich gemacht worden. Beſonders von dem hier einſchlagenden Stück läßt ſich zwar einigermaßen errathen und vermuthen, in welchen beſonderen Fall, in welchen Theil des Prozeſſes es eingreifen möge, eine ſichere Behauptung iſt darüber nicht möglich. Dazu kommt noch, daß dieſe ganze Stelle von der actio quod metus causa handelt, einer für den Zuſammenhang des ganzen Rechtsſyſtems wenig erheblichen Klage. Eine bei dieſer gelegentlich eingeſtreute Bemerkung darf nicht maaßgebend gemacht werden für den ganzen Umkreis aller Klagen überhaupt. Ein ſolches Verfahren würde den richtigen Grundſätzen über den Aufbau des Rechtsſyſtems aus den Quellenzeugniſſen, alſo dem wahren Verhältniß zwiſchen Syſtem und Exegeſe, gänzlich widerſprechen.

Erwägt man nun das oben erörterte Verhältniß beider Einſchränkungen zu einander, ſo ergiebt ſich daraus das folgende practiſche Reſultat.

1. Wenn die Urſache des Untergangs mit dem unrechtmäßigen Beſitz des Beklagten dergeſtalt zuſammenhängt, daß ohne dieſen Beſitz der Untergang ſelbſt gar nicht erfolgt wäre, ſo iſt unbedingt Entſchädigung zu leiſten, und es kommt in dieſem Fall nicht darauf an, ob der Kläger die Sache hätte verkaufen können (m).
2. Im entgegengeſetzten Fall iſt zwar auch in der Regel Entſchädigung zu leiſten, jedoch nur weil es dem Kläger möglich geweſen wäre, durch rechtzeitigen Verkauf den Verluſt von ſich abzuwenden. Eben deshalb fällt die Entſchädigung hinweg, wenn der Beklagte beweiſt, daß ein Verkauf gewiß nicht Statt gefunden hätte.

Nimmt man dieſes Verhältniß zwiſchen beiden Sätzen an, ſo erſcheint dann das, welches als eine zweite Einſchränkung oben aufgefaßt und geprüft wurde, vielmehr als eine Ausnahme der erſten, nunmehr einzigen, Einſchränkung der ſtrengen Verpflichtung des Beklagten. Beide Sätze laſſen ſich alsdann in die gemeinſame Formel zuſammen faſſen, deren Natürlichkeit und Billigkeit nicht zu verkennen iſt:

die ſtrenge Verbindlichkeit des Beklagten zum Erſatz

(m) Die erläuternden Beiſpiele für dieſen und den folgenden Fall ſind aus der Note g zu entnehmen.

für den zufälligen Untergang leidet alsdann eine Ausnahme, wenn der Kläger, ſelbſt im Fall des ihm rechtzeitig eingeräumten Beſitzes der ſtreitigen Sache, nicht im Stande geweſen wäre, den Verluſt von ſich abzuwenden.

Dieſe Auffaſſung der Sache ſtimmt mit der ſchwierigen Stelle des Ulpian über die actio quod metus causa inſofern überein, als auch in dieſer Stelle beide Sätze neben einander genannt werden. Ich will keineswegs behaupten, daß in derſelben gerade dasjenige logiſche Verhältniß beider Sätze zu einander ausgeſprochen ſey, welches ich hier angenommen habe. Aber ich muß auch ſehr bezweifeln, daß es jemals gelingen werde, in jener Stelle irgend eine andere practiſche Bedeutung der beiden Sätze klar und ſicher nachzuweiſen.

Das Preußiſche A. L. R. behandelt dieſen Gegenſtand in folgender Weiſe.

Die Möglichkeit des Verkaufs von Seiten des Klägers, wodurch Dieſer jeden Schaden von ſeinem Vermögen hätte abwenden können, wird hier ganz mit Stillſchweigen übergangen. Dagegen wird die andere Frage aufgefaßt, ob der Zufall die Sache im Beſitze des Eigenthümers ebenfalls würde getroffen haben; dieſer Umſtand ſoll die Vergütung ausſchließen. In einem älteren Entwurf war Dieſes in der Art beſtimmt worden, daß der Kläger beweiſen ſolle, ihn würde der Zufall nicht betroffen haben. Späterhin iſt

es dahin abgeändert worden, daß der Beklagte die Thatsache zu beweisen hat, wovon seine Befreiung abhängt (n).

Es gilt jedoch eine Ausnahme dieser Ausnahme, also die unbedingte Nothwendigkeit der Vergütung, wenn der unredliche Besitz des Beklagten durch eine strafbare Handlung erworben wurde (o), womit hauptsächlich der Diebstahl gemeint ist.

§. 275.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — b. Verminderungen. Zeitpunkt der Schätzung.

In den Fällen, worin der Beklagte eine Verminderung in dem Gegenstande des Rechtsstreits zu vergüten hat (§ 272—274), ist stets eine Schätzung in Gelde erforderlich. Dieselbe ist nöthig bei jeder objectiven Verminderung, ohne Unterschied ob diese in einer totalen oder partiellen Zerstörung des Gegenstandes, oder in dem (der Zerstörung gleich wirkenden) Verlust des Besitzes besteht. Wie, auch ohne objective Verminderung, die bloße Veränderung des Preises zu behandeln ist (§ 272), wird am Schlusse untersucht werden. Ich beschränke mich zunächst noch auf den Fall der objectiven Verminderung, und will jetzt versuchen,

(n) A. L. R., Th. 1 Tit. 7 § 241. Vgl. Simon Zeitschrift B. 3 S. 328. 329.

(o) A. L. R., Th. 1 Tit. 7 § 242. Vgl. Simon S. 332 Num. 12 (Bemerkung von Suarez).

den Zeitpunkt festzustellen, für welchen die Schätzung des zu vergütenden Werthes vorzunehmen ist.

Die Frage nach diesem Zeitpunkt hatte für das mittlere R. R. eine viel ausgedehntere Anwendung und Wichtigkeit als für das älteste, so wie für das Justinianische und heutige Recht. Da nämlich in der Zeit des Formularprozesses alle Verurtheilung nur auf baares Geld gerichtet werden durfte (a), so war damals eine Schätzung in Geld auch da nöthig, wo der ursprüngliche Gegenstand des Rechtsstreits gar keine Verminderung erlitten hatte; im Justinianischen und heutigen Recht dagegen, so wie in der ältesten Zeit, ist die Schätzung nur im Fall einer solchen Verminderung erforderlich, weil außerdem das Urtheil auf den ursprünglichen Gegenstand selbst unmittelbar gerichtet wird.

Ich will eine Uebersicht der für den Zeitpunkt der Schätzung geltenden Regeln voraus schicken; dadurch wird es leichter werden, die nicht geringen Schwierigkeiten zu überwinden, die mit der Begründung jener Regeln durch die Aussprüche unsrer Rechtsquellen verbunden sind.

Der Regel nach ist zu unterscheiden zwischen den strengen und freien Klagen. Bei den strengen richtet sich die Schätzung nach der Zeit der L. C., bei den freien nach der Zeit des rechtskräftigen Urtheils.

Zwei Ausnahmen sind auf beide Regeln anzuwenden. Wenn durch Vertrag eine bestimmte Zeit der Erfüllung für eine Obligation vorgeschrieben war, so ist diese Zeit

(a) Gajus IV. § 48.

auch für die Schätzung maaßgebend. — Wenn ſich der Schuldner in Mora befindet, ſo hat der Gläubiger die Wahl, ob die Schätzung nach den oben angegebenen regelmäßigen Zeitpunkten, oder vielmehr nach dem Anfangspunkt der Mora, vorgenommen werden ſoll; natürlich wird er den Zeitpunkt wählen, der auf die höhere Summe führt. In einem einzelnen Fall (bei dem Diebſtahl) kommt ſogar eine noch ſtrengere Behandlung des Schuldners zur Anwendung.

Alle dieſe Regeln gelten jedoch nur für die perſönlichen Klagen aus Rechtsgeſchäften (Verträgen und Quaſicontracten), ſo wie für die Klagen in rem; für die perſönlichen Klagen aus Delicten ſind andere Regeln anzuwenden, indem ſich bei ihnen die Schätzung mehr an die Zeit des begangenen Delicts anſchließt.

Die hier zuſammengeſtellten Vorſchriften ſollen nunmehr im Einzelnen dargeſtellt, und zugleich durch quellenmäßige Zeugniſſe begründet werden.

Für die als Regel an die Spitze geſtellte Unterſcheidung der ſtrengen und freien Klagen findet ſich eine ſo klare und principielle Entſcheidung in folgender Stelle des Ulpian (b), wie ſie in vielen anderen Rechtslehren nicht anzutreffen iſt, wo eine ſolche vielmehr erſt aus der Beurtheilung einzelner Rechtsverhältniſſe abſtrahirt werden muß:

„In hac actione, *sicut in ceteris bonae fidei judiciis*,

(b) *L.* 3 § 2 *commod.* (13. 6) aus Ulpianus lib. XXVIII. ad ed. Die Stelle ſpricht zunächſt vom Commodat, knüpft aber daran einen durchgreifenden allgemeinen Grundſatz.

similiter in litem jurabitur: *et rei judicandae* (c) *tempus* quanti res sit, observatur: quamvis *in stricti juris judiciis* (d) *litis contestatae tempus spectetur.*"

Ehe ich andere, bestätigende Stellen hinzu füge, will ich an diese Hauptstelle noch einige allgemeine Bemerkungen anknüpfen.

a) Die für die bonae fidei judicia aufgestellte Regel wird hier offenbar als die billigere, der neueren Rechtsentwicklung angemessene, betrachtet. Daher würde es ganz unrichtig seyn, sie als ein Privilegium der diesen besonderen Namen (bonae fidei) führenden Klagen anzusehen. Sie ist vielmehr unbedenklich auch anzuwenden auf die Klagen in rem, so wie auf die prätorischen und die extraordinären Klagen, also auf die freien Klagen überhaupt. Dieses ist besonders einleuchtend für diejenigen freien Klagen, welche zugleich arbitrariae sind, weil bei diesen durch eine besondere Anstalt auf die freiwillige Erfüllung vor dem Urtheil hingewirkt wird; diese Einrichtung würde mit einer Schätzung nach der Zeit der L. C. ganz im Widerspruch stehen.

b) Das ganze Rechtsinstitut der L. C. dient im Allgemeinen dazu, den Vortheil des Klägers zu befördern (§ 260. No. II.): Sehen wir zu, inwiefern diese allgemeine

(c) Die Vulgata liest *judicatae;* beide Lesearten sind gleich annehmbar.

(d) Über diese Lesart vgl. oben B. 5 S. 462. Dieselbe gehört der Vulgata an; die Florentina liest blos: *in stricti* mit allzu harter Auslassung der Worte: *juris judiciis.* Der Sinn ist in beiden Lesearten nicht verschieden.

Richtung bei der Anwendung unſrer Regel feſt gehalten wird, oder welches der Grund einer Abweichung ſeyn mag.

Nehmen wir an, daß bei einer ſtrengen Klage die Preiſe von der Zeit der L. C. an ſtets ſinkend geweſen ſind, ſo wird jener Zweck unmittelbar erreicht; der Kläger erhält nun wirklich den höheren Preis, den er zur Zeit der L. C. erwarten konnte, und er wird gegen den Verluſt geſchützt, den er durch die Dauer des Rechtsſtreits erlitten haben würde. Nehmen wir umgekehrt ſteigende Preiſe an, ſo entgeht allerdings dem Kläger der Gewinn, den er aus dem Steigen hätte ziehen können; allein der Zweck iſt auch überhaupt nicht die Zuwendung eines Gewinnes, ſondern nur die Abwendung des eben erwähnten Schadens.

Bei den freien Klagen wird im Fall ſinkender Preiſe der Verluſt des Klägers, der aus der Dauer des Rechtsſtreits hervorgeht, *nicht* abgewendet. Man kann dieſe Abweichung von dem Grundſatz der ſtrengen Klagen und von deſſen Folgen aus der Rückſicht erklären, daß dem Beklagten nicht die aus redlichem Bewußtſeyn hervorgehende Vertheidigung ſeiner Anſprüche durch eine Art von Strafdrohung erſchwert werden ſollte (e). Dieſe Auffaſſung wird unterſtützt durch den Grundſatz der Sabinianer: omnia judicia esse absolutoria (f), d. h. das freiwillige

(e) *L.* 40 *pr. de her. pet.* (5. 3). „Nec enim debet possessor... indefensum jus suum relinquere“ (ſ. o. S. 180). Der ſinkende Preis iſt analog dem zufälligen Untergang der Sache.

(f) Gajus IV. § 114.

Nachgeben ſollte ſtets, und während der ganzen Dauer des Rechtsſtreits, die Freiſprechung bewirken. In dieſem Grundſatz lag gewiſſermaßen die Beförderung der freiwilligen Erfüllung durch eine Art von Prämium, welche Beförderung bei den arbiträren Klagen ohnehin noch durch deren beſondere Einrichtung unterſtützt wurde (g).

Wir finden alſo hier einen Conflict zwiſchen zwei verſchiedenen Zwecken und Principien, die auf entgegengeſetzte Folgen hinführten. Dem in den freien Klagen befolgten Princip aber wurde bei fortgehender Rechtsentwicklung der überwiegende Werth zugeſchrieben. — Im heutigen Recht kann ohnehin nur noch von dieſem Princip die Rede ſeyn.

c) So verſchieden auch die beiden, für zwei Arten der Klagen aufgeſtellten, Regeln ſeyn mögen, ſo bilden ſie doch einen gemeinſamen Gegenſatz gegen eine andere, gleichfalls denkbare, Beſtimmung, die alſo durch ſie gleichmäßig verneint werden ſoll. Dieſes iſt der Anfang der Obligation, nach deſſen Zeitpunkt auch wohl die Schätzung verſucht werden könnte (h). Der Hauptgedanke iſt alſo dieſer: es ſoll die Schätzung nicht nach dem Zeitpunkt der ent-

(g) Wenn die ſtreitige Sache noch vorhanden war, ſo konnte ohnehin auch bei den ſtrengen Klagen der Beklagte durch Anwendung dieſes Grundſatzes jeden Verluſt von ſich abwenden. Der Verluſt trat alſo nur dann ein, wenn entweder der Beklagte Dieſes hartnäckig unterließ, oder die Sache nicht mehr vorhanden war.

(h) Dieſer Zeitpunkt iſt bei den Delictsklagen wirklich berückſichtigt worden, wie unten gezeigt werden wird. Hier iſt nur von den perſönlichen Klagen aus Rechtsgeſchäften, und von Klagen in rem die Rede.

ſtandenen Obligation vorgenommen werden, ſondern vielmehr — nach der Zeit des Rechtsſtreits, wobei ſich nun die untergeordnete Differenz zeigt, daß in den ſtrengen Klagen nach der Zeit der L. C., in den freien nach der Zeit des Urtheils, geſchätzt wird. Die Rechtfertigung jenes Gedankens liegt aber darin, daß es dem Gläubiger ſelbſt eine Zeit lang gleichgültig oder ſelbſt vortheilhaft ſcheinen kann, die Erfüllung einſtweilen nicht zu verlangen, daß es aber ſtets in ſeiner Macht ſteht, die Klage anzuſtellen, und dadurch unter andern auch die Schätzungszeit zu fixiren.

d) Dieſe letzte Bemerkung iſt nicht unwichtig, indem ſie einen natürlichen Anknüpfungspunkt darbietet zur Erklärung und Begründung der oben angegebenen zwei Ausnahmen. — Wenn nämlich in dem Vertrag die Zeit der Erfüllung beſonders beſtimmt iſt, ſo liegt darin zugleich die vorbedachte Anerkennung des Zeitpunktes, in welchem die Erfüllung von dem Gläubiger erwartet wird und für ihn Werth hat, wodurch alſo der oben angegebene Zuſtand des unbeſtimmten Willens des Gläubigers ausgeſchloſſen iſt. Daſſelbe gilt von dem Fall der Mora; denn wenn der Kläger, auch nur außergerichtlich, zur Erfüllung auffordert, ſo fixirt er dadurch gleichfalls den Zeitpunkt der Schätzung, indem außerdem der Schuldner von ſeiner rechtswidrigen Zögerung Vortheil ziehen würde.

e) Die hier aufgeſtellten Anſichten und Rechtsregeln haben auch in dem Römiſchen Formelweſen ihren gegenſätzlichen Ausdruck gefunden, welches ſich theils beſtimmt

nachweisen, theils sehr wahrscheinlich machen läßt. Der Ort der Formel, an welchem der Prätor über die Zeit der Schätzung eine Anweisung zu geben hatte, war unstreitig die Condemnatio, und hier mußte die Anweisung anders gefaßt werden, je nachdem man die Schätzung in die Vergangenheit setzen wollte (die Zeit der entstandenen Obligation), oder in die Gegenwart (Zeit der L. C.), oder in die Zukunft (Zeit des Urtheils). Für diese verschiedene Möglichkeiten boten sich folgende Ausdrücke dar:

quanti res *fuit,*
quanti res *est,* } condemna.
quanti res *erit*

Der erste dieser Ausdrücke ist auch wirklich gebraucht worden bei einer Delictsklage, der actio legis Aquiliae, in welcher der Werth zur Zeit des begangenen Delicts maaßgebend seyn sollte, nur noch mit einer gewissen Ausdehnung zum Nachtheil des Schuldners, und als Strafe für denselben (i).

(i) *L.* 2 *pr. ad L. Aqu.* (9.2) „quanti id in eo anno plurimi *fuit,* tantum aes domino dare damnas esto." — *L.* 27 § 5 *eod.* „quanti ea res *fuit* in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto." In beiden Fällen sollte von der Zeit des (in der Vergangenheit liegenden) Delicts zurück gerechnet werden. — Allerdings liest in der zweiten angeführten Stelle sowohl die Florentina, als die Vulgata: *erit* anstatt *fuit.* Nur Haloander hat *fuit.* Allein die Richtigkeit dieser letzteren Lesart wird ganz außer Zweifel gesetzt durch die gleich nachfolgenden Worte Ulpians aus dem Commentar zu dieser Gesetzesstelle: „haec verba: quanti in triginta diebus proximis *fuit*" rel. (*L.* 29 § 7 *eod.*, eben so wie die vorige Stelle aus Ulpianus lib. XVIII. ad ed.)

Der dritte Ausdruck wurde auch wirklich gebraucht bei den freien Klagen, von welchen wir aus unſrer Regel ohnehin wiſſen, daß bei ihnen die Schätzung auf die Zeit des Urtheils gerichtet werden ſollte (k).

Erwägt man dieſe erweislich gebrauchten Ausdrücke, ſo wird man kaum zweifelhaft darüber ſeyn können, daß der in der Mitte liegende zweite Ausdruck (quanti res est) bei den ſtrengen Klagen angewendet wurde; denn für dieſe wurde nach unſrer ſicheren Regel die Schätzung auf die Zeit der L. C. gerichtet, welche für den die Formel feſtſtellenden Prätor die Gegenwart war. Für dieſe letzte Behauptung kann ich allerdings ein beweiſendes Zeugniß nicht vorbringen, welches jedoch blos aus der großen Armuth an aufbewahrten wirklichen Formeln überhaupt herrührt. Jeder andere Ausdruck würde an dieſer Stelle faſt unmöglich ſeyn, da er einen entſchieden falſchen, unſrer ſicheren Regel widerſprechenden, Gedanken enthalten müßte.

Ich will jetzt noch einige andere Stellen angeben, worin die von Ulpian aufgeſtellte Regel über die Schätzungszeit in einzelnen Anwendungen beſtätigt wird. — Mit dieſen aber ſollen zugleich die Zeugniſſe für die erſte Ausnahme jener Regeln (im Fall der vorbeſtimmten Zeit der Erfüllung)

(k) Gajus IV. § 47 bei der actio depositi in factum concepta: „quanti ea res *erit*, tantam pecuniam ... condemnato.“ — Gajus IV. § 51 bei der Eigenthumsklage und der actio ad exhibendum: „quanti ea res *erit*, tantam pecuniam ... condemna.“

zuſammengefaßt werden, weil in der That mehrere Stellen die Regel und dieſe erſte Ausnahme neben einander ausſprechen:

1. Bei der Stipulation einer beſtimmten Sache ſpricht Africanus die Regel in folgenden Worten aus (l):

   „Aliter in stipulatione servatur: nam tunc id tempus spectatur, quo agitur.“

2. Bei der Stipulation auf Wein und andere Quantitäten hat Gajus die Regel und die erſte Ausnahme, mit dem Zuſatz, daß Daſſelbe auch bei allen anderen Sachen gelte (m):

   „Si merx aliqua, quae *certo die* dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset *eo die, quo dari debuit: si de die nihil convenit, quanti tunc cum judicium acciperetur* ... Quod et de ceteris rebus juris est.“

3. Bei einem Darlehen auf Wein drückt Julian die Regel und die erwähnte Ausnahme aus, mit ausdrücklicher Verneinung der Zeit des Contracts, ſo wie des Urtheils (n):

   „Vinum quod mutuum datum erat, per judicem petitum est: quaesitum est, cujus temporis aestimatio fieret: utrum cum *datum* esset, an cum

(l) *L.* 37 *mandati* (17. 1).
(m) *L.* 4 *de cond. tritic.* (13. 3).
(n) *L.* 22 *de reb. cred.* (12. 1).

Die kleine Lücke in der Florentiniſchen Handſchrift kann keinen Zweifel erregen.

litem contestatus ſuisset, an cum *res judicaretur?* Sabinus respondit, *si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: si non, quanti tunc cum petitum esset.*“

4. Die Ausnahme allein, bei einer Stipulation in diem oder sub conditione, wird anerkannt von Julian und von Celſus (o).

Nachdem ſowohl die Regel, als die erſte Ausnahme (die vertragsmäßig beſtimmte Erfüllungszeit betreffend) dargeſtellt worden iſt, bleibt noch die Unterſuchung der zweiten Ausnahme übrig, welche ſich auf den Fall der Mora des Schuldners (p) bezieht. Daß überhaupt eine ſolche Ausnahme gilt, und daß ſie auf eine nachtheiligere Behandlung des Schuldners, in Vergleichung mit der außerdem geltenden Regel, gerichtet iſt, darüber iſt kein Streit. Der Nachtheil ſoll überhaupt unſtreitig darin beſtehen, daß der Gläubiger zwiſchen verſchiedenen Zeitpunkten für die Schätzung die Wahl haben, d. h. den vortheilhafteſten Zeitpunkt zu wählen berechtigt ſeyn ſoll. Welches aber die verſchiedenen, zur Auswahl ſtehenden, Zeitpunkte ſind, darüber haben ſich zwei Meinungen gebildet. — Nach der

(o) *L.* 59 *de verb. obl.* (45. 1), *L.* 11 *de re jud.* (42. 1).

(p) Ich ſpreche hier blos von dieſer, welche allein von practiſcher Erheblichkeit iſt. Für die Mora des Gläubigers (im Abnehmen der Sache) gilt aber dieſelbe Ausnahme wie für die des Schuldners, nämlich daß ihm ſeine Mora keinen Vortheil bringen ſoll, d. h. daß der Gegner zwiſchen zwei Zeitpunkten der Schätzung die Wahl hat. Nur ſind hierüber die Stellen weniger klar und entſcheidend. *L.* 37 *mand.* (17. 1), *L.* 3 § 4 *de act. emt.* (19. 1).

einen Meinung ſoll der Gläubiger die Wahl haben zwiſchen dem Zeitpunkt der Mora, und demjenigen Zeitpunkt welcher ohne Mora nach der allgemeinen Regel gelten würde. Nur in dem einzigen Fall, wenn mit der condictio furtiva gegen den Dieb geklagt wird, ſoll dieſe Ausnahme noch dadurch geſchärft werden, daß der höchſte Werth der ganzen Zwiſchenzeit (nicht blos der unter jenen zwei einzelnen Zeitpunkten) vergütet werden ſoll (q). — Die zweite Meinung geht dahin, die ſo eben bei dem Diebe erwähnte ſtrengere Behandlung bei jeder Mora allgemein eintreten zu laſſen, ſo daß in jedem Fall der Mora der Schuldner den höchſten Werth bezahlen müßte, welchen die Sache in der ganzen Zwiſchenzeit jemals erreicht hat (r).

Ich nehme die erſte Meinung, welche zwiſchen dem Diebe und den übrigen Schuldnern unterſcheidet, als richtig an, und gründe dieſelbe zunächſt auf folgende einzelne Zeugniſſe.

I. Von dem Fall der Mora im Allgemeinen handeln dieſe Stellen:

1. *L.* 3 § 3 *de act. emti* (19. 1):

„Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus tra-

(q) Donelli Comm. in var. tit. Dig. Antverp. 1582. f. Lib. 12 T. 1 L. 22 N. 26 p. 157. — Schulting theses contr. Th. 37 N. 8 (Comment. ac. T. 3 p. 118). — Madai Mora § 48, der gleichfalls zwiſchen dem Diebe und anderen Schuldnern unterſcheidet, außerdem aber manches Unrichtige beimiſcht.

(r) Huber praelect. Pand. XIII. 3. § 7—11. — Glück B. 13 § 844. — Thibaut § 99 ed. 8, und Braun zu Thibaut § 103. — Puchta Pandekten § 268 Note f. — Buchka Einfluß des Prozeſſes S. 187—198.

deret, condemnari eum oportet, *utro tempore* pluris vinum fuit, *vel* quo venit (s), *vel* quo lis in condemnationem deducitur (t): item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur."

In dieſer Stelle iſt augenſcheinlich nur von der Wahl zwiſchen zwei einzelnen Zeitpunkten die Rede, durchaus nicht von den in die Zwiſchenzeit fallenden Veränderungen. Dafür ſpricht auch die völlige Gleichſtellung der Zeit mit dem Orte, indem bei dieſem letzten offenbar nur die Wahl zwiſchen zwei einzelnen Orten in Frage kam, nicht auch die zwiſchen allen in der Mitte liegenden Orten.

2. *L.* 21 § 3 *de act. emti* (19. 1):

„Cum per venditorem steterit quo minus rem tradat ... nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat si vinum *hodie pluris sit:* merito: quia sive datum esset, haberem emptor, sive non: quoniam saltem *hodie dandum est*, quod iam olim dari oportuit."

(s) Dabei wird ſtillſchweigend vorausgeſetzt, daß die Ablieferung auf der Stelle gefordert worden ſey, die Zeit des Contracts alſo mit der Mora zuſammenfalle. Sonſt würde die Mora als gleichgültig gedacht werden müſſen, welches gewiß nicht die Meinung des Pomponius iſt, der ja gleich in den Anfangsworten die Mora als Bedingung der nachfolgenden Ausſprüche angiebt.

(t) *Lis* in condemnationem deducitur heißt: der bisher geführte Rechtsſtreit wird zur Condemnation gebracht; es iſt eine Umſchreibung der Zeit des Urtheils. — *Res* in judicium, oder auch in intentionem condemnationemve deducitur *(L. 2 pr. de exc.)* heißt: Das Rechtsverhältniß wird gerichtlich anhängig gemacht, in einen Rechtsſtreit verwandelt; es iſt eine Umſchreibung der L. C.

Auch in dieſer Stelle iſt keine Rede von den ſchwankenden Preiſen der Zwiſchenzeit; es wird nur verglichen der Preis zur Zeit der Mora, mit dem Preiſe welcher hodie ſtattfindet; d. h. zur Zeit des Urtheils, für deſſen richtigen Inhalt ja eben hier eine Anweiſung gegeben werden ſoll.

3. *L.* 37 *mandati* (17. 1):

„Aliter in stipulatione servatur: nam tunc id tempus spectatur, quo agitur: nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.“

Der Zweck der ganzen Ausnahme wird hier richtig darin geſetzt, daß dem Schuldner ſeine rechtswidrige Verzögerung keinen Vortheil bringen dürfe; dieſer Zweck aber wird vollſtändig erreicht durch die Wahl des Klägers zwiſchen den zwei angegebenen Zeitpunkten, auf welche allein auch in der angegebenen Stelle hingedeutet wird.

4. *L.* 3 *de cont. tritic.* (13. 3) (u).

II. Die Mora bei dem Diebe wird in folgender Stelle behandelt (v):

(u) Dieſe wichtige Stelle wird erſt in dem folgenden §. erklärt, und dann auch für den gegenwärtigen Zweck benutzt werden.

(v) *L.* 8 § 1 *de cond. furt.* (13. 1) von Ulpian. — Eben ſo bei der actio rerum amotarum nach folgender Stelle, die zugleich den im Text aufgeſtellten Satz ſelbſt beſtätigt. *L.* 29 *rer. amot.* (25. 2) von Tryphonin: „Rerum amotarum aestimatio ad tempus quo amotae sunt referri debet: nam veritate furtum fit, etsi lenius coercetur mulier... sed si pluris factae (res) non

„Si ex causa furtiva res condicatur, cujus temporis aestimatio fiat, quaeritur. Placet tamen, *id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit:* maxime, cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur: *semper enim moram fur facere videtur.*“

Ich füge dieſen einzelnen Stellen noch eine allgemeine Betrachtung hinzu. Diejenigen, welche die für den Dieb vorgeſchriebene ſtrengſte Behandlung auf alle Fälle der Mora anwenden wollen, gehen dabei von der Anſicht aus, daß der Kläger, wenn er die Sache zur rechten Zeit bekommen hätte, den Augenblick des höchſten Preiſes der Zwiſchenzeit zum Verkauf hätte benutzen können; wie verſchiedene Wendungen auch für dieſe Anſicht in neuerer Zeit verſucht worden ſind. Allein die Vorausſetzung, daß er dieſen Vortheil wirklich benutzt haben würde, iſt ſehr willkührlich und unwahrſcheinlich; gewiß ungleich unwahrſcheinlicher,

restituuntur, quae amotae sunt, *crescit aestimatio, ut in condictione furtivae rei.*“ — Bedenklich iſt folgende, auch von Ulpian herrührende Stelle: *L.* 2 § 3 *de priv. del.* (47. 1). Es wird aus Pomponius angeführt, durch die cond. furtiva werde die a. L. Aquiliae wegen derſelben Sache nicht ausgeſchloſſen: „namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit: condictio autem ex causa furtiva *non egreditur retrorsum judicii accipiendi tempus.*“ Daß hier die Zurückrechnung verneint wird, iſt unbedenklich; daß aber die Schätzung auf die Zeit der L. C., (anſtatt des Verbrechens) geſtellt wird, widerſpricht geradezu den übrigen Stellen, ſowohl über die Condiction als über die furti actio. Wahrſcheinlich iſt dieſe Angabe blos ein Stück der aus Pomponius angeführten Meinung, welches Ulpian mit aufnimmt, ohne es gerade zu billigen. Es muß dann hierüber eine Controverſe beſtanden haben, wohin auch das Placet in *L.* 8 § 1 *de cond. furt.* zu deuten ſcheint.

als die oben erwähnte Annahme, daß er überhaupt verkauft haben könnte (S. 184. 190). Für den gerechten Anspruch des Klägers ist genug gethan, wenn demselben zwischen zwei Zeitpunkten die Wahl gelassen wird, insbesondere da es ja immer von seinem freien Entschluß abhängt, die Klage zu der Zeit anzustellen, worin er es gerade am vortheilhaftesten findet.

Dagegen hat die hier vertheidigte Unterscheidung zwischen dem Diebe und allen übrigen Schuldnern folgenden inneren Grund. Der Dieb ist so zu betrachten, als ob er in jedem Augenblick seinen Diebstahl wiederholte. Dies ist nicht so zu verstehen, als ob die gegen ihn geltenden Klagen ins Unendliche vervielfältigt, und dadurch zu einem völlig schrankenlosen Ertrag gebracht werden dürften, welches widersinnig seyn würde. Es hat vielmehr den Sinn, daß er in jedem Augenblick denselben (nicht einen neuen) Diebstahl wirklich begeht, so daß der Bestohlene völlig in seinem Rechte ist, wenn er sich den vortheilhaftesten Zeitpunkt aussucht, um zu behaupten, daß der Diebstahl gerade damals begangen worden sey. Dies ist der wahre Sinn der so eben mitgetheilten Worte: semper enim moram fur facere videtur. Diese Worte sollen eine eigenthümliche Verpflichtung des Diebes bemerklich machen. Deswegen dürfen sie nicht verstanden werden von der stetigen Fortdauer und Wirksamkeit der Mora überhaupt; denn diese Natur hat die Mora auch bei allen übrigen Schuldnern. Sie bekommt ihre wahre Bedeutung durch die eben gegebene Erklärung,

deren Richtigkeit ſogleich noch durch eine Stelle über die Delictsklage aus dem Diebſtahl (die actio furti) außer Zweifel geſetzt werden wird. — Ein rein practiſcher Grund der härteren Behandlung des Diebes, gerade in der hier vorliegenden Beziehung, liegt auch noch darin, daß meiſt der Beſtohlene den Dieb lange Zeit nicht kennt, die Anſtellung der Klage alſo nicht ſo, wie bei anderen Klagen, in ſeiner Macht ſteht. Derſelbe Grund hat auch veranlaßt, daß in dieſem Fall die Mora ohne Interpellation entſtehen ſoll.

Die ganze bisherige Unterſuchung beſchränkte ſich auf die perſönlichen Klagen aus Rechtsgeſchäften und die Klagen in rem. Es bleibt nur noch übrig, mit wenigen Worten von der Schätzungszeit bei den Delictsklagen zu ſprechen. Hier iſt als feſter Zeitpunkt, von welchem ausgegangen werden muß, nicht der Rechtsſtreit (wie bei den bisher betrachteten Klagen), ſondern vielmehr die begangene That zu betrachten, jedoch mit einigen Modificationen zum Nachtheil des Schuldners. Wir finden hierüber folgende Zeugniſſe:

A. Bei der actio L. Aquiliae richtet ſich die Schätzung nach der Zeit der begangenen That, jedoch ſo, daß dabei zugleich der höchſte Werth innerhalb eines gewiſſen rückwärts liegenden Zeitraums berückſichtigt wird (w).

(w) *L.* 21 § 1 *ad L. Aquil.* (9. 2).

B. Bei der actio furti wird gleichfalls der Zeitpunkt der begangenen That zum Grunde der Schätzung gelegt (x). Wenn jedoch in der nachfolgenden Zeit die Sache einen höheren Werth bekommt, so muß dieser höhere Werth zum Grund gelegt werden, da auch in dieser späteren Zeit der Diebstahl wirklich begangen worden ist (y):

„. . . Idemque etsi nunc deterior sit, aestimatione relata in id tempus, quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, ejus duplum, quanti tunc cum pretiosior facta sit, fuerit, aestimabitur: *quia et tunc furtum ejus factum esse verius est.*“

In diesen letzten Worten ist die vollständige Bestätigung der vorher für die Mora bei der condictio furtiva aufgestellten Behauptung unverkennbar enthalten.

Wenn wir zum Schluß erwägen, in wiefern die hier über die Schätzungszeit aufgestellten Regeln auch noch im heutigen Recht anwendbar sind, so können wir über folgende Annahme kaum zweifelhaft seyn. Zwei Regeln sind es, welche ihre practische Bedeutung für uns verloren haben: die eigenthümliche Behandlung der strengen Klagen, weil wir solche nicht mehr haben; imgleichen die für die Delictsklagen aufgestellten Regeln, weil auch diese für uns verschwunden sind. Alles Übrige, also der bei weitem größte Theil der über die Schätzungszeit aufgestellten Re-

(x) *L.* 9 *de in litem jur.* (y) *L.* 50 *pr. de furtis* (47. 2). (12. 3).

geln, iſt für uns völlig eben ſo anwendbar, wie er es im R. R. war.

§. 276.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. Zeitpunkt der Schätzung. L. 3 de cond. tritic.

In der eben angeſtellten Unterſuchung über den Zeitpunkt der Schätzung (§ 275) waren zwar einzelne Fragen vielfach beſtritten worden; die Hauptpunkte aber ſchienen feſt und gewiß, welches namentlich von der allgemeinſten Regel behauptet werden mußte, nach welcher für die ſtrengen Klagen die L. C., für die freien Klagen das Urtheil, den Zeitpunkt der Schätzung beſtimmen ſollte. Über dieſe Hauptregel war ein ſo klarer, unzweideutiger Ausſpruch vorhanden (§ 275. b), daß daneben für keinen möglichen Zweifel Raum übrig zu bleiben ſchien.

Dieſe beruhigende Sicherheit aber wird ſehr erſchüttert durch eine Stelle des Ulpian, welche für den dem alten, ſtrengen Recht angehörenden Theil jener Regel, worin am wenigſten Zweifel zu erwarten waren, gerade das Gegentheil zu ſagen ſcheint. Die Stelle fängt nämlich an mit folgenden Worten (a):

„In hac actione si quaeratur, res quae petita est cujus temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, *condemnationis* tempus spectandum.“

(a) *L.* 3 *de cond. trit.* (13. 3) aus Ulpianus lib. XXVII. ad ed.

Es ist hier von keiner anderen Klage die Rede, als von der condictio triticaria, d. h. von einer strengen Klage, womit irgend etwas Anderes als eine bestimmte Geldsumme gefordert wird (b); ohne Zweifel wird dabei eine Stipulation als Grund der Klage vorausgesetzt. — Daß aber in der That an keine andere als diese Klage gedacht werden kann, folgt nicht etwa blos aus dem Digestentitel, in welchen die Stelle aufgenommen ist (denn Dieses könnte auf einem Versehen der Compilatoren beruhen), sondern auch aus dem Umstand, daß die Stelle demselben Theil eines Werks des Ulpian angehört, wie eine andere Stelle, die unmittelbar vorher ausführlich von jener Klage handelt (Note a. b).

Von dieser Condiction nun sagt hier Ulpian, es müsse die Schätzung auf die Zeit der Condemnation gerichtet werden, also auf die Zeit des Urtheils, nicht wie man erwarten mußte, auf die Zeit der L. C.

Dieser schneidende und unerwartete Widerspruch hat von jeher die größten Bemühungen zur Beseitigung desselben hervorgerufen; die meisten derselben sind aber so willkührlich und bodenlos, daß es kaum begreiflich ist, wie man sich damit hat begnügen können.

So ist behauptet worden, die condictio triticaria sey gar nicht stricti juris, sondern bonae fidei, und sie gehöre

(b) *L.* 1 *pr. de cond. trit.* ist, wie die *L.* 3 *cit.* — Vgl. oben (13. 3), welche aus demselben Buch des Ulpian ad ed. genommen B. 5 S. 622. 626.

dem jus gentium an (c): eine Behauptung, die ſelbſt vor der Entdeckung des Gajus völlig unerlaubt war.

Andere haben geſagt, die verſchiedene Schätzungszeit richte ſich gar nicht nach dem Unterſchied der ſtrengen und freien Klagen, ſondern nach dem Gegenſtand der Obligation; bei Quantitäten ſoll nach der Zeit der L. C. geſchätzt werden, bei individuellen Sachen nach der Zeit des Urtheils (d). Dabei wird die Hauptſtelle des Ulpian, welche die allgemeinſte Regel in klarem, unzweideutigem Ausſpruch enthält (§ 275. b) durch willkührliche Behandlung in den Hintergrund gedrängt, beſonders aber wird die Stelle des Gajus (§ 275. m) ohne die ihr gebührende Beachtung gelaſſen, welche zuerſt von der Condiction auf Quantitäten ſagt, daß nach der Zeit der L. C. geſchätzt werden müſſe, und dann die entſcheidenden Worte hinzufügt: quod et de ceteris rebus juris est (e).

(c) Cocceji jus controv. XIII. 3 qu. 2 mit der Anmerkung von Emminghaus. Hier kamen die wunderlichſten und bodenloſeſten Anſichten über die Claſſification der Klagen vor.

(d) Dieſe ſchwer zu begreifende Meinung findet ſich bei Donellus, der ſich an mehreren ſeiner Schriften ſehr weitläufig mit dieſer Stelle beſchäftigt hat. Donelli comm. in var. tit. Dig. Antverp. 1582. f, und zwar Lib. 12 T. 1 L. 22 N. 5. 19. 21 — 26, und Lib. 13 T. 3 L. 3 N. 12. 13. 25. Von der erſten dieſer zwei Stellen wird ſogleich erwähnt werden, welche Merkwürdigkeit ſie außerdem darbietet.

(e) Es wird überhaupt bei den Erklärungsverſuchen zu dieſer Stelle recht anſchaulich, wie im R. R. aller Erfolg der Quellenforſchung davon abhängt, die vorzugsweiſe entſcheidenden Stellen heraus zu finden, an die Spitze zu ſtellen, und feſtzuhalten, dabei aber mit völliger Unbefangenheit zu verfahren, anſtatt daß die Meiſten, in ſchwierigen Fällen wie der vorliegende, vorgefaßte Theorieen fertig mitbringen, und dieſen die Quellenzeugniſſe gut oder ſchlecht anzupaſſen ſuchen.

Andere haben das Daseyn einer Mora, welches augenscheinlich erst in dem Fortgang der Stelle mit in die Betrachtung gezogen wird, und dann zu ganz anderen Regeln führt, mit in diesen ersten Satz herein gezogen, und dadurch den inneren Zusammenhang der Stelle gänzlich zerstört (f).

Neuerlich ist der Versuch gemacht worden, der Stelle durch Emendation des Textes zu helfen (g). Es soll gelesen werden: contestationis, anstatt condemnationis, wodurch die oben aufgestellte Hauptregel auch in unsrer Stelle eine einfache Bestätigung erhielte. Allein erstens fehlt es an jeder Erklärung, wie in alle Handschriften ohne Ausnahme die Veränderung jenes Wortes gekommen seyn sollte, ohne auch nur in kleinen Abweichungen der Handschriften irgend eine Spur zu hinterlassen; ein Bedenken, das durch die geringe Zahl der zu verändernden Buchstaben nicht gehoben wird. Zweitens kommt contestatio allein, ohne den Zusatz von litis oder judicii, in dieser Bedeutung anderwärts nicht vor (§ 257. f).

Man könnte auch noch den Versuch machen, den scheinbaren oder wirklichen Widerspruch daraus zu erklären, daß eine Controverse einzelner Juristen, oder eine Aenderung des älteren R. R. durch das neuere, angenommen würde. Allein jeder Versuch solcher Art muß

(f) Cujacius in L. 59 de verb. oblig. — Glück B. 13 § 844 S. 271 — 300. — Liebe Stipulation S. 54. 55.

(g) Huschke in der Zeitschrift von Linde B. 20 S. 267.

ſogleich aufgegeben werden, wenn man erwägt, daß gerade die zwei Hauptſtellen, auf deren Vereinigung es ankommt, aus zwei ganz nahe an einander liegenden Stücken eines und deſſelben Werks von Ulpian hergenommen ſind (h).

Das ganze Gewicht unſrer Stelle und die ganze Schwierigkeit liegt in dem Ausdruck: condemnationis tempus. Condemnatio aber hat im R. R. zwei verſchiedene, wiewohl verwandte, Bedeutungen, für welche die Anwendung jenes Wortes völlig gleich berechtigt iſt, und die alſo auch mit gleichem Rechte vorausgeſetzt werden dürfen, wo es auf die Erklärung einer Stelle, die jenes Wort enthält, ankommt.

Condemnatio heißt zuerſt einer der Vier Haupttheile der formula, die practiſche Anweiſung des Prätors an den Juder über Verurtheilung oder Freiſprechung. Es iſt die condemnatio a praetore concepta.

Condemnatio heißt aber auch das vom Juder ausgeſprochene Urtheil, die res judicata, in ſofern das Urtheil gerade zum Nachtheil des Beklagten ausfällt. Es iſt die condemnatio a judice prolata, die Vollziehung des ihm vom Prätor gegebenen Auftrags.

Es iſt einleuchtend, daß die Erwähnung der erſten Art der condemnatio in die Juſtinianiſchen Rechtsbücher

(h) Unſre Stelle iſt aus dem 28. Buch des Ulpian ad edictum entnommen. L. 3 § 2 *commod.* aus dem 27.,

(i) Gajus IV. § 39. 43. 44.

eigentlich nicht mehr gehörte, aber auch sehr begreiflich, wenn sie daraus, wie so manches Andere, dennoch nicht gänzlich verschwunden ist. Wir haben sogar eine Stelle, worin diese fortdauernde Erwähnung ganz unzweifelhaft ist (k):

„Exceptio ... opponi actioni cujusque rei solet, ad excludendum (l) id, *quod in intentionem condemnationemve deductum est.*“

Setzen wir jene erste Bedeutung in unsrer Stelle voraus, so ist Alles klar, und der scheinbare Widerspruch verwandelt sich in vollständige Einstimmung. Das condemnationis tempus ist dann so viel als formulae conceptae tempus (indem nur der Theil für das Ganze genannt ist), oder, mit anderen Worten, die Zeit der L. C., indem die Aufstellung der Formel mit der L. C. ganz gleichzeitig ist (m).

(k) *L. 2 pr. de except.* (44. 1) aus Ulpianus lib. LXXIV. ad ed. — Man könnte versuchen, eben dahin zu beziehen die Worte der *L.* 3 § 3 *de act. emti:* „quo *lis* in condemnationem deducitur“; allein diese gehen in der That auf die Zeit des Urtheils, s. o. § 275. t.

(l) Die Florentina liest: cludendum, woraus man Emendationen hat bilden wollen; allein die hier aufgenommene Vulgata ist unbedenklich.

(m) Es ist sehr merkwürdig, daß Donellus diese Bedeutung der condemnatio mit solcher Klarheit und Bestimmtheit entwickelt hat, als ob er den Gajus vor sich gehabt hätte. (S. o. Note d; die Stelle findet sich in N. 26. p. 156). Aber eben so auffallend ist es, daß er von dieser seiner bewundernswürdigen Divination den verkehrtesten Gebrauch macht. Es fällt ihm nicht ein, die richtig aufgefundene Bedeutung von condemnatio auf unsre *L.* 3 *de cond. trit.* anzuwenden, um so deren Widerspruch mit anderen Stellen zu beseitigen; er wendet sie vielmehr auf die *L.* 3 § 3 *de act.*

Ich bin weit entfernt, die Einwürfe zu verkennen, die ſich gegen dieſe Erklärung erheben laſſen, und die ich nunmehr einzeln prüfen will.

1. Man kann ſagen, Ulpian würde ſich durch die Wahl dieſes Ausdrucks einer gefährlichen Zweideutigkeit ſchuldig gemacht haben, indem er den Gegenſatz gegen das rei judicatae tempus durch ein Wort bezeichnet hätte, welches eben ſo leicht gerade von dieſer Zeit, die er ausſchließen wollte, verſtanden werden konnte.

Dieſer Einwurf würde Gewicht haben, wenn nothwendig angenommen werden müßte, daß dem Schriftſteller gerade dieſer Gegenſatz vorgeſchwebt habe. Allein bei der Stipulation, wie ſie hier vorauszuſetzen iſt, lag ein anderer Gegenſatz ſogar viel näher: dieſes iſt die Zeit des geſchloſſenen Contracts, an welche man bei der buchſtäblich bindenden Natur der Stipulation ſehr leicht denken konnte. Die vorherrſchende Rückſicht auf dieſen Gegenſatz erſcheint noch durch folgende Betrachtung beſonders natürlich und wahrſcheinlich. Zwiſchen dem Contract und der L. C. konnte eine lange Zeit in der Mitte liegen, und in dieſer konnten viele Veränderungen mit dem Gegenſtand vorgegangen ſeyn. Dagegen iſt dem Zeitraum zwiſchen der L. C. und dem Urtheil, bei einer ſo einfachen Sache wie die Stipulationsklage auf einen Sclaven, im Römiſchen Prozeß nur eine geringe Dauer zuzuſchreiben,

emti an, wohin ſie gar nicht gehört, und die durch dieſes irrige Verfahren einen ganz falſchen Sinn erhält.

die alſo auch nicht ſo leicht erhebliche Veränderungen in ſich ſchließen konnte. Wenn nun Ulpian gerade dieſen Gegenſatz vor Augen hatte und ausſchließen wollte (n), ſo war der Gebrauch des Ausdrucks condemnatio, um die Zeit der L. C. zu bezeichnen, ohne alle Gefahr.

2. War der Gebrauch des Ausdrucks condemnatio in dieſer Bedeutung auch nicht gefährlich, ſo könnte man ihn doch wegen der Seltenheit dieſes Sprachgebrauchs für unwahrſcheinlich halten.

Darauf iſt zu antworten, daß es eben ſo wenig gewöhnlich iſt, den Ausdruck condemnatio anſtatt res judicata zu gebrauchen, wo es auf die Bezeichnung des Zeitpunktes ankommt, indem faſt immer von res judicata allein, ohne Abwechſlung der Ausdrücke, geſprochen wird.

3. Noch mehr Schein endlich hat der Einwurf, daß es an einem Motiv fehle, weshalb Ulpian anſtatt des einfachen, ganz unbedenklichen, Ausdrucks: litis contestationis den mindeſtens künſtlichen, indirecten Ausdruck: condemnationis tempus gebraucht haben ſollte.

Es wird ſchwer ſeyn, bei jeder etwas ungewöhnlichen Redeweiſe, ſtets das Motiv anzugeben; hier aber fehlt es auch ſelbſt an einem ſolchen nicht. Der Ausdruck, der hier gewählt wurde, ſollte zugleich den Beweis der

(n) Ganz eben ſo findet es Julian nöthig, in *L. 22 de reb. cred.* (ſ. o. S. 207) die Zeit des Contracts, eben ſo wie die des Urtheils, ausdrücklich auszuſchließen, um die Zeit der L. C. als Regel aufzuſtellen. Durch dieſes Beiſpiel erhält der von mir vorausgeſetzte Gedanke des Ulpian noch größere Wahrſcheinlichkeit.

Wahrheit des ausgeſprochenen Satzes andeuten. Da es nämlich, je nach den verſchiedenen Zeitpunkten der Schätzung, dreierlei Condemnationsformen gab: quanti res *fuit*, oder *est*, oder *erit*, und im vorliegenden Fall die Condiction die zweite Form (quanti res *est*) mit ſich führte, alſo das Präſens gebrauchte (S. 205. 206), ſo folgte daraus von ſelbſt, daß hier die Schätzung nach der Zeit der condemnatio, d. h. der L. C., geſchehen ſollte. Der gebrauchte Ausdruck mußte in dieſer Beziehung für jeden Römiſchen Leſer ſogleich verſtändlich und überzeugend ſeyn, da die Faſſung der verſchiedenen Formeln aus dem täglichen Gebrauch Jedem geläufig war.

Nachdem nun der wichtigſte und ſchwierigſte Theil der Stelle behandelt iſt, wird es möglich ſeyn, den ganzen Inhalt derſelben im Zuſammenhang darzuſtellen, wozu eine vorläufige Ueberſicht den Weg bahnen ſoll.

Die Stelle ſpricht von der condictio triticaria aus der Stipulation einer Sache, die Anfangs unbeſtimmt gelaſſen, dann aber ſogleich als ein Sclave bezeichnet wird. — Die Schätzungszeit deſſelben ſoll beſtimmt werden. — Dieſes geſchieht erſtens für den Fall, wenn keine Mora vorhanden iſt, zweitens für den Fall der Mora. — Im erſten Fall wird weiter unterſchieden, ob der Sclave lebt oder todt iſt. — Daraus ergeben ſich drei Fälle überhaupt. Im Fall des Lebens ohne Mora iſt nach der Zeit der L. C. zu ſchätzen. Im Fall des Todes ohne Mora nach der Zeit des Todes. Im Fall der Mora darf der Kläger, wenn

die Zeit der Mora einen höheren Werth ergiebt, dieſe Zeit für die Schätzung in Anſpruch nehmen, der Sclave mag leben oder todt ſeyn. — Dieſe Sätze ſollen jetzt im Einzelnen in der Stelle nachgewieſen und näher beſtimmt werden.

Erſter Fall. Der Sclave lebt, und es iſt keine Mora vorhanden. Nun wird nach der Zeit der L. C. (condemnationis tempus) geſchätzt.

„In hac actione . . . spectandum.“ Dieſer Theil iſt ſchon ausführlich erklärt worden.

Zweiter Fall. Der Sclave iſt geſtorben, und es iſt keine Mora vorhanden.

„Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus . . erit spectandum“ . . . (o).

Hier kommt es darauf an, die Zeit zu beſtimmen, in welcher, nach der Vorausſetzung des Ulpian, der Sclave geſtorben iſt. Dieſes iſt ſicher nicht die Zeit nach der L. C., da durchaus kein Grund denkbar iſt, warum nicht in dieſem Fall, ganz ſo wie im erſten, nach der Zeit der L. C. geſchätzt werden ſollte. Der Tod iſt alſo in der Zeit zwiſchen dem Vertrag und der L. C., d. h. vor dem Prozeß, zu denken. Natürlich muß noch hinzugedacht

(o) Dazwiſchen ſteht noch ein untergeordneter Satz, der mit unſeren Fragen Nichts zu ſchaffen hat, und den ich oben im Text übergangen habe, um nicht den Zuſammenhang der Hauptgedanken zerſtreuend zu unterbrechen. Die Todeszeit, heißt es, ſoll nicht zu buchſtäblich von dem Augenblick des Verſcheidens verſtanden werden, da auch der Sclave, der in den letzten Zügen liegt, obgleich er noch lebt, doch ſchon faſt völlig werthlos iſt.

werden, daß der Tod zugleich unter ſolchen Umſtänden erfolgt iſt, die den Beklagten zum Erſatz verpflichten, da ſonſt von einer Schätzung gar nicht die Rede ſeyn könnte. Es muß alſo der Tod erfolgt ſeyn nicht durch Zufall, ſondern durch den Dolus oder durch culpoſe Handlungen des Schuldners (p). — In dieſem Fall nun ſoll der Werth des Sclaven geſchätzt werden nach der Zeit des Todes, nicht wie in dem erſten Fall nach der Zeit der L. C.; ſehr natürlich, weil zu dieſer Zeit kein Sclave mehr da iſt, der geſchätzt werden könnte.

Dritter Fall. Es iſt eine Mora vorhanden, und dabei ſoll es keinen Unterſchied machen, ob der Sclave noch lebt oder todt iſt.

„In utroque autem (q), si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit lib. XX., habendam aestimationem quanti deterior res facta sit. Et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum. Quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.“

Es wird nicht geſagt, daß im Fall der Mora die vorhergehenden Regeln nicht eintreten ſollen. Dieſe gelten auch dann, aber es tritt nur eine mögliche Modification

(p) *L.* 91 *pr. de verb. obl.* (45. 1). Vgl. oben § 272 am Ende des §.

(q) D. h. sive vivat servus, sive mortuus sit. Aus dieſem Zuſammenhang der fortſchreitenden Sätze ergiebt ſich die Grundloſigkeit der Erklärung, welche auch ſchon in den Anfang der Stelle die Vorausſetzung der Mora hinein tragen will (Note f).

zum Vortheil des Klägers hinzu. Ist der Werth des Sclaven nach der Mora gleich geblieben oder gestiegen, so ist von der Modification nicht die Rede: anders wenn der Sclave an Werth abgenommen hat (si deterior res facta sit), z. B. wenn ihm ein Auge ausgeschlagen worden ist. Nun kann der Kläger verlangen, daß der nach den vorhergehenden Regeln abzuschätzende Werth des Sclaven um so viel erhöhet werde, als der Sclave nach der Mora an Werth verloren hat (quanti deterior res facta sit); oder mit anderen Worten: der Kläger hat nun das Recht, die Schätzung nach der Zeit, worin die Mora anfing, vornehmen zu lassen (ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio). — Hieraus ist es klar, daß der Kläger für die Schätzung zwischen zwei Zeitpunkten die Wahl haben soll; von einem höheren Werth der Zwischenzeit ist nicht die Rede (§ 275. u). Zugleich ist es klar, warum im Fall der Mora in utroque dasselbe gelten soll. Durch die Mora nämlich wird überhaupt Nichts geändert, als daß der Kläger für die Schätzungszeit zwischen L. C. und Mora, oder zwischen Tod und Mora, die Wahl haben soll.

§. 277.

Wirkung der Litis Contestation. II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. Preisveränderung.

Bisher ist nur von den objectiven Verminderungen die Rede gewesen, deren Natur darin besteht, daß der Gegenstand des Rechtsstreits selbst eine äußerlich wahrnehmbare

Veränderung erleidet. Es ſind nun noch diejenigen Verminderungen zu betrachten, die eine unſichtbare Natur haben, indem ſie in einer bloßen Preisverminderung gegründet ſind (§ 272). Dieſe unterſcheiden ſich von den objectiven Verminderungen durch die Möglichkeit einer viel ausgedehnteren Anwendung. Denn anſtatt daß die objectiven nur bei individuell beſtimmten Gegenſtänden vorkommen, da nur dieſe durch Verſchuldung oder Unglück zerſtört, verdorben, verloren werden können, ſo tritt die Preisverminderung eben ſowohl bei generiſch beſtimmten, als bei individuellen Gegenſtänden eines Rechtsſtreits ein; alſo ſowohl bei der übernommenen Lieferung von Hundert Scheffel Weizen, als wenn eine beſtimmte, im Beſitz eines Anderen befindliche, Maſſe Weizen vindicirt wird.

Um aber von dieſem Theil der Unterſuchung eine erſchöpfende Überſicht zu geben, iſt es nöthig, die Erwägung nach zwei Seiten hin auszudehnen: erſtens, auf die Fälle, worin die Veränderung nicht in vermindertem, ſondern in erhöhtem Preiſe des Gegenſtandes beſteht; zweitens, auf die zuſammengeſetzten Fälle, in welchen neben der Preisverminderung zugleich auch eine objective Verminderung des Gegenſtandes ſelbſt Statt findet.

Im R. R. werden die Fälle der Preisverminderung nicht beſonders hervorgehoben, noch von den Fällen der objectiven Verminderung unterſchieden. Daß ſie aber nicht unbeachtet geblieben ſind, läßt ſich beſtimmt behaupten, indem mehrere Stellen ausdrücklich von ſolchen Gegen-

ständen handeln, die (wie Wein und Getreide) zum öffentlichen Marktverkehr gehören (a). Bei diesen aber ist gerade der schwankende Preis so vorzugsweise wichtig, daß er als Moment juristischer Entscheidung unmöglich übersehen werden konnte.

Allerdings können die hier angeregten Fragen auch bei solchen Gegenständen vorkommen, die nicht als Waaren zum Marktverkehr gehören. Selbst bei Grundstücken kommt es nicht selten vor, daß die Preise im Allgemeinen steigen oder fallen. Dennoch ist bei ihnen die hier vorliegende Frage deswegen von geringerer practischer Erheblichkeit, weil dabei die Veränderung der Preise nicht leicht auf feste und sichere Zahlensätze zurückgeführt werden kann, so daß die Anwendung der jetzt aufgestellten Regel nur selten wird begründet werden können. Es kommt hinzu, daß bei solchen Gegenständen die Schwankung der Preise im Großen meist erst nach längeren Zeiträumen deutlich hervortritt, und daher für die Dauer eines Rechtsstreits nicht leicht Einfluß erhält, anstatt daß dieselbe Schwankung im Marktverkehr oft eben so sicher als schnell wechselnd wahrzunehmen ist.

Es ist nun zunächst die juristische Natur der hier angegebenen Veränderungen festzustellen. Die Erhöhung des Preises hat ganz die Natur des aus einem anderen Vermögensstück entspringenden zufälligen Erwerbs

(a) *L.* 3 § 3, *L.* 21 § 3 *de act. emti* (19. 1), *L.* 4 *de cond. trit.* (13. 3), *L.* 22 *de reb. cred.* (12. 1.), s. o. § 275.

(§ 265). Es iſt ein innerer Zuwachs des Gegenſtandes, ganz ähnlicher Natur, wie der durch Alluvion bewirkte Zuwachs des Grundeigenthums. — Die Verminderung des Preiſes hat dagegen ganz die Beſchaffenheit einer zufälligen Verminderung überhaupt, d. h. einer ſolchen, die ohne Dolus oder Culpa des Schuldners bewirkt wird, ſo wie dieſer Rechtsbegriff oben (§ 273) aufgeſtellt und auf die Fälle objectiver Verminderung angewendet worden iſt. Ich nenne dieſe (auf den Preis bezügliche) Verminderung eine zufällige, weil ſie ſtets auf allgemeinen Conjuncturen beruht und außer dem Bereich individueller Einwirkung liegt, es mögen nun jene Conjuncturen im Welthandel oder in den vorübergehenden Zuſtänden einzelner Länder oder Städte ihren Grund haben.

Die völlige Gleichartigkeit der Preisverminderung mit der oben abgehandelten objectiven Verminderung wird durch folgende Betrachtung einleuchtend werden. Wenn die Eigenthumsklage auf eine Anzahl individuell bezeichneter Actien einer Fabrik-Unternehmung gerichtet wird, ſo können im Lauf des Rechtsſtreits folgende Veränderungen eintreten. Es können dieſe Actien von ihrem urſprünglichen Pariwerth (100) auf 50 herabſinken, oder auch (wenn das Unternehmen völlig untergeht) auf 0. — Es können aber ferner die eingeklagten Actien zur Hälfte oder auch insgeſammt durch Feuer zufällig zerſtört werden. Hier iſt es augenſcheinlich, daß die eine und die andere Art der Ver-

minderung gleich wichtig ist, und auf das Vermögen des Berechtigten ganz denselben Einfluß ausübt.

Diese Betrachtungen sollten nur als Vorbereitung dienen zu den Rechtsregeln über die verschiedenen Fälle der Preisverminderung, zu deren Aufstellung ich mich jetzt wende. Ich schließe mich dabei ganz an diejenigen Regeln an, die oben (§ 275) über die Behandlung der objectiven Verminderung, sowie über die dabei zu beobachtende Zeit der Schätzung, aufgestellt worden sind.

Erster Fall. Strenge Klagen, bei welchen kein Grund einer exceptionellen Behandlung vorliegt. Dabei sollte die Schätzung nach der Zeit der L. C. vorgenommen werden, welches im heutigen Recht nicht mehr vorkommt.

Hier ist die Erhöhung wie die Verminderung des Preises vor der L. C. ohne Einfluß, da in jedem Augenblick der Schuldner durch Erfüllung die Obligation tilgen, der Creditor aber durch Anstellung der Klage die L. C. herbeiführen kann.

Desgleichen ist jede Veränderung des Preises nach der L. C. ohne Einfluß, da der Sinn der auf die L. C. als Schätzungszeit gerichteten Regel eben darin besteht, daß hierdurch die Schätzung unabänderlich fixirt werden soll.

Es gilt also unbedingt die Schätzung nach der Zeit der L. C. ebensowohl für die schwankenden Preise, wie für die objective Verminderung des Gegenstandes.

Zweiter Fall. Freie Klagen, bei welchen kein Grund einer exceptionellen Behandlung vorliegt. Hier soll die

Schätzung nach der Zeit des rechtskräftigen Urtheils vorgenommen werden, welches im heutigen Recht auch für diejenigen Klagen gilt, die das R. R. unter die Regel des ersten Falles gestellt hatte.

Bei dieser Regel bleibt es unbedingt, wenn etwa eine Erhöhung des Preises vor dem Urtheil (sey es vor oder nach der L. C.) eingetreten seyn sollte. Wenn durch diese Erhöhung der Beklagte einen Nachtheil erleidet, so hat er sich diesen selbst zuzuschreiben, da es jeden Augenblick in seiner Macht stand, durch Erfüllung die Schuld zu tilgen, und so den Nachtheil aus den später steigenden Preisen abzuwenden.

Auch wenn eine Verminderung des Preises vor dem Urtheil eintritt, ist dieselbe Regel anzuwenden, jedoch hier mit folgender Ausnahme. Wenn nämlich die Eigenthumsklage gegen einen unredlichen Besitzer geführt wird, so muß dieser die Preisverminderung vergüten, die nach der L. C. eingetreten ist; gerade so wie er auch Entschädigung leisten müßte, wenn in diesem Zeitraum nicht durch Preisverminderung, sondern durch Untergang oder Beschädigung der Sache ein zufälliger Schade entstanden wäre (S. 179).

Dritter Fall. Persönliche Klage aus einer Obligation, deren Erfüllung durch Vertrag auf einen bestimmten Zeitpunkt gesetzt ist.

Hier ist der Preis dieses Zeitpunktes zum Grunde zu legen.

Der höhere oder niedere Preis der früheren Zeit ist

gleichgültig, weil die Parteien selbst eine frühere Erfüllung nicht wollten oder erwarteten.

Die Erhöhung und Verminderung der späteren Zeit ist gleichgültig, da der Vertrag selbst die Zeit der Erfüllung mit ihren Folgen fixirt hat, beide Theile also in diese besonderen Folgen eingewilligt haben. Jedoch wird in diesem Fall meist zugleich eine Mora eintreten, da denn die folgende Regel zur Anwendung kommen muß.

Dieser dritte Fall ist übrigens practisch besonders häufig und wichtig; es gehören dahin die zahlreichen Verträge, welche auf Lieferung von Handelsgegenständen in einer bestimmten Zeit geschlossen werden.

Vierter Fall. Persönliche Klage, wenn dabei eine Mora, sey es vor oder mit dem Rechtsstreit, eintritt.

Jede Erhöhung oder Verminderung des Preises vor der Mora ist gleichgültig.

Die Erhöhung oder Verminderung nach der Mora kann dem Kläger niemals Nachtheil bringen, weil er ein unbedingtes Wahlrecht hat, nach welchem Zeitpunkt die Schätzung vorgenommen werden soll.

Dem Beklagten geschieht dadurch kein Unrecht, da er eben durch die Mora jeden möglichen Nachtheil wohl verdient hat.

Es bleibt nur noch übrig, die verschiedenartige Anwendung dieser Rechtsregeln näher zu bestimmen. Dabei sind folgende Fälle zu unterscheiden.

1. Im älteren R. R. war diese Anwendung weit ausge-

dehnter, als in der ſpäteren Zeit. Da nämlich alle Verurtheilungen nur auf baares Geld lauten durften (b), ſo mußten jene Regeln in jedem einzelnen Fall unmittelbar und einfach dadurch zur Anwendung gebracht werden, daß in der auszuſprechenden Geldſumme nicht nur der objective Zuſtand der Sache, ſondern auch (nach den eben aufgeſtellten Regeln) der Preis berückſichtigt wurde.

2. Dieſes hat ſich völlig geändert im Juſtinianiſchen Recht, welches zugleich die heutige Regel bildet. Hier wird, wenn der Gegenſtand des Rechtsſtreites noch vorhanden iſt, auf deſſen Naturalleiſtung, nicht mehr auf eine Geldſumme, erkannt. Dieſes heißt für den letzten Erfolg eben ſo viel, als ob (nach der oben aufgeſtellten zweiten Regel) auf den Geldwerth zur Zeit des rechtskräftigen Urtheils erkannt würde. In denjenigen Fällen nun, worin vor dem Urtheil eine Preisverminderung eingetreten iſt, und zugleich der Beklagte die exceptionelle Verpflichtung hat, für alle zufällige Verminderungen einzuſtehen (alſo im Fall der Vindication gegen den unredlichen Beſitzer, ſo wie im Fall der Mora) iſt zwar auch auf die Naturalleiſtung zu erkennen, jedoch mit einer zuſätzlichen Ausgleichung in Geld, damit die oben aufgeſtellten Regeln rein und vollſtändig zur Anwendung gebracht werden.

3. Eine beſondere Erwägung bedarf der Fall, wenn der Beklagte das Urtheil nicht abwartet, ſondern dadurch abwendet, daß er den Anſpruch des Klägers freiwillig

(b) Gajus IV. § 48.

erfüllt. Dazu war bei den arbiträren Klagen in dem Restitutionsbefehl des Juder eine besondere Aufforderung gegeben; bei allen übrigen Klagen aber sollte der Beklagte wenigstens das Recht dazu haben (c).

Nun scheint es, daß durch diese Einrichtung dem Beklagten in den Fällen, worin er nach den aufgestellten Regeln einen höheren Werth als den der Gegenwart zu leisten hatte, ein Mittel dargeboten würde, das Recht des Klägers zu vereiteln, indem er sich durch die einfache Natural-Restitution von jeder weiteren Verpflichtung freimachte.

Allein gegen diese Umgehung des Rechts schützt den Kläger der juristische Begriff der Restitution. Eine solche wird nämlich nicht unbedingt vollführt durch die materielle Herausgabe des Gegenstandes; vielmehr gehört dazu auch die omnis causa, welche in dem hier vorliegenden Fall gerade die Ausgleichung des höheren Werthes durch eine zusätzliche Geldsumme in sich schließt (d).

4. Zuletzt ist noch der zusammengesetzte Fall zu betrachten, wenn in einem und demselben Rechtsstreit die

(c) Gajus IV. § 114.

(d) *L.* 75 *de V. S.* (50. 16). „Restituere is videtur qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset." Eben so *L.* 35, *L.* 246 § 1 *eod.*, und *L.* 9 § 8 *ad exhib.* (10. 4). In Anwendung dieses Grundsatzes wird ferner ausdrücklich gesagt, daß der Schuldner, der in Mora ist, nicht dadurch frei wird, daß er die versprochene Sache herausgiebt, wenn diese in der Zwischenzeit (wiewohl durch Zufall) schlechter geworden ist. *L.* 3 *de cond. trit.* (13. 3), s. o. S. 226.

objective Verminderung der streitigen Sache mit einer Preisverminderung zusammentrifft.

Die Beurtheilung dieses Falles kann keinem Zweifel unterliegen, indem die vollständige Anwendung der aufgestellten Regeln auf ein Urtheil führen kann, dessen Inhalt aus zwei Factoren hervorgeht. Folgendes Beispiel wird diese Behauptung anschaulich machen.

Wenn Actien durch eine Eigenthumsklage gefordert, und während des Prozesses gestohlen werden, so kommen bei dem Urtheil folgende Umstände in Betracht. Zunächst muß der Beklagte den Werth der gestohlenen Actien vergüten, weil bei jedem Diebstahl eine Culpa des Besitzers präsumirt wird; der Werth dieser Actien wird in der Regel nach der Zeit des Urtheils bestimmt. — Wenn aber der Beklagte ein unredlicher Besitzer ist, und in der Zeit zwischen der L. C. und dem Urtheil der Curs dieser Actien sinkt, so muß der Beklagte noch so viel Geld zulegen, als die Cursdifferenz beträgt. Er hat also in diesem Fall zwei von einander unabhängige, auf verschiedenen Rechtsgründen beruhende, Entschädigungen zu leisten: erstens für den durch Diebstahl entstandenen Verlust, wegen seiner Culpa; zweitens, für den zufälligen Verlust durch das Sinken des Curses, weil überhaupt der unredliche Besitzer nach der L. C. für jeden zufälligen Nachtheil einstehen soll.

§. 278.

Stellung der Litis Contestation und ihrer Folgen im heutigen Recht.

Das Wesen der L. C. im Formularprozeß des älteren R. R. ist oben ausführlich dargestellt worden (§ 257). Characteristisch war dabei die große Nähe, in welcher sich (verglichen mit den möglichen Ereignissen in unsrem Prozeßverfahren) die L. C. nebst den daran geknüpften Folgen neben dem ersten Anfang des Rechtsstreits befand.

Dieses Verhältniß, so wie das Wesen der L. C. überhaupt, erscheint zwar im Justinianischen Recht nicht von Grund aus verändert; indessen waren doch schon bedeutende Modificationen eingetreten, und namentlich hatte die gesetzliche Frist von Zwei Monaten die L. C. weiter als früher von dem Anfang des Rechtsstreits entfernt.

Das Canonische Recht hat diese vorgefundene neueste Gestalt der L. C. nicht abgeändert. Wichtiger und bedenklicher war die abgeänderte Stellung, welche der L. C. im ganzen Zusammenhang des Prozesses durch die Reichsgesetze gegeben wurde (§ 259).

Allein auch bei dieser Gestalt des gemeinen Deutschen Prozesses ist es nicht geblieben, vielmehr hat sich das Bedürfniß späterer Zeiten neue Bahnen gebrochen.

Zwar in dem Protokollar-Prozeß der von einzeln stehenden Richtern verwalteten Untergerichte läßt sich die frühere Gestalt der L. C. leicht wieder erkennen und ohne Nachtheil

durchführen, ſo daß es bei ihm nur auf eine ſtrenge und verſtändige Ausführung ankommt, um dem practiſchen Bedürfniß wahrhaft zu genügen.

Anders aber ſteht es mit dem weit wichtigeren, auf vier regelmäßigen Schriftſätzen beruhenden gemeinen Deutſchen Prozeß, wie er in allen höheren collegialiſchen Gerichten und auch in vielen Untergerichten, herrſchend geworden iſt. Es würde eine bloße Täuſchung ſeyn, wenn man glauben wollte, daß hier die Prozeßvorſchriften des R. R., oder auch der Reichsgeſetze, wirklich zur Ausführung gebracht würden. — Wollte man den Buchſtaben des R. R. feſthalten, und die der L. C. beigelegten Wirkungen an den Zeitpunkt unſres ſchriftlichen gemeinen Prozeſſes anknüpfen, in welchem gerade dasjenige vorgegangen iſt, welches im R. R. als Inhalt der L. C. vorausgeſetzt wird, ſo müßte man dieſen entſcheidenden Abſchnitt des Prozeſſes an das Ende des erſten Verfahrens ſetzen, alſo entweder mit der Einreichung der Duplik, oder mit der Abfaſſung des Beweis-Interlocuts verknüpfen; denn erſt in dieſem Zeitpunkt kann man mit Sicherheit annehmen, daß die Exceptionen, Replicationen und Duplicationen vorgebracht ſeyn werden, ſo wie es das R. R. für den Zeitpunkt der L. C. unzweifelhaft vorausſetzt.

Dennoch iſt eine ſo ſtrenge und buchſtäbliche Gleichſtellung mit der alten L. C. niemals verſucht worden, ſchon deswegen nicht, weil man von dieſer Prozeßhandlung des R. R. keine hinreichende Kenntniß hatte; auch war dazu

ein practisches Bedürfniß in der That nicht vorhanden. — Vielmehr wurde nunmehr die L. C., im Anschluß sowohl an die Reichsgesetze als an die gänzlich umgebildete Bedeutung dieses aus dem R. R. zu uns herübergekommenen Kunstausdrucks (§ 259), als die Einlassung des Beklagten auf die thatsächlichen Behauptungen der Klage aufgefaßt, und somit in die erste Prozeßschrift des Beklagten (die Exceptionsschrift) versetzt. Diese Stellung der L. C. ist jedoch ohne wesentlichen Nutzen für den letzten Zweck des Prozesses, und zugleich nicht ohne erhebliche Bedenken und Gefahren, indem sie dem Beklagten ein leichtes Mittel darbietet, diese Handlung willkührlich hinauszuschieben und dadurch die Rechte des Klägers zu gefährden (§ 259).

Man kann diese Gefahren dadurch beseitigen oder wenigstens vermindern, daß man die Wirkung der L. C. unbedingt an die Einreichung der ersten Prozeßschrift des Beklagten knüpft, ohne Rücksicht auf den Inhalt dieser Schrift; so daß eine L. C. fingirt würde, wenn etwa der Beklagte unredlicher Weise die factische Erklärung auf die Klage verweigerte oder verzögerte (a). Allein erstens wäre dieses nicht sowohl eine Anwendung des bestehenden Prozeßrechts, als eine in guter Absicht vorgenommene Umbildung desselben; zweitens, wäre damit in der That Nichts gewonnen. Diese fingirte L. C. wäre eine leere Formalität, und es erscheint als ganz willkührlich und grundlos, gerade an die

(a) Pufendorf Obs. IV. 94, Göschen Vorlesungen B. 1 S. 475, Wächter H. 3 S. 87.

Einreichung der erſten Schrift des Beklagten, ohne Rückſicht auf deren Inhalt, wichtige materielle Wirkungen zu knüpfen. — Das Bedürfniß, deſſen Anerkennung in dieſem Verfahren liegt, führt offenbar dahin, noch einen Schritt weiter rückwärts zu gehen, und jene wichtige Wirkungen an den Zeitpunkt des Prozeſſes zu knüpfen, in welchem zuerſt der Beklagte ſicher und auf amtliche Weiſe ein Bewußtſeyn des erhobenen Rechtsſtreits erhält. Dieſer Zeitpunkt aber iſt kein anderer, als der der Inſinuation der Klage. Daß dabei der Beklagte blos leidend, ohne eigene Thätigkeit erſcheint, iſt kein Hinderniß, dieſe Thatſache als den Entſtehungsgrund einer Obligation, d. h. als Quaſicontract, anzuerkennen; denn wenn auch im R. R. der Beklagte bei der L. C. als thätig erſcheint, ſo beruht doch dieſe Thätigkeit eben ſo wenig auf ſeinem freien Entſchluß, als die Empfangnahme der Klagſchrift und das dadurch erzeugte Bewußtſeyn. Wenn wir uns alſo entſchließen, das hier angegebene Verfahren einzuſchlagen, ſo entfernen wir uns dadurch weniger von dem wahren Weſen des R. R., als es auf den erſten Blick ſcheinen mag, und wir vermeiden dennoch gänzlich die oben bemerkten Gefahren.

Ehe nun die durch die vorſtehenden Bemerkungen vorbereitete Unterſuchung weiter geführt wird, iſt es nöthig, den Erfolg und die practiſche Wichtigkeit derſelben näher zu beſtimmen. — Vor Allem muß dieſe Unterſuchung lediglich auf die materiellen Wirkungen beſchränkt bleiben,

von welchen allein auch in der ganzen bisherigen Darstellung die Rede gewesen ist. Der Einfluß der L. C. auf den Gang des Prozesses liegt ganz außer dem Bereich unsrer Betrachtung, und beruht auch auf ganz anderen Gründen als die hier zu bestimmende materielle Einwirkung. So z. B. wird gesagt, durch die L. C. würden alle zu dieser Zeit nicht vorgebrachte Einreden ausgeschlossen; eben so sey von dieser Zeit an eine Veränderung der Klage nicht mehr zulässig. Diese Folgen entspringen aber in der That aus der ersten Erklärung des Beklagten als solcher, ohne Rücksicht darauf, ob diese Erklärung gerade eine L. C. enthält, und worin diese besteht. — Eben so wird behauptet, durch die L. C. werde die Incompetenz des Richters beseitigt. Allein auch dies ist nicht eine Folge der L. C. als solcher, und ihres etwa so oder anders zu bestimmenden Inhalts, sondern die Einlassung ohne Widerspruch gegen die Incompetenz wirkt als Prorogation, d. h. als freiwillige Unterwerfung unter dieses Gericht.

Das so eben bemerkte dringende Bedürfniß führte dahin, die Wirkungen der L. C. auf einen früheren Zeitpunkt des Prozesses zu verlegen, und dadurch das R. R. der Form nach abzuändern, dem Sinn und Wesen nach aber festzuhalten. Dieses Bedürfniß ist auch schon längst und häufig, wenngleich oft bewußtlos, anerkannt worden. Es hat sich offenbart in der oben dargestellten Verwandlung des Begriffs der L. C., indem man dem im R. R. aufgestellten vollständigen Begriff die bloße Erklärung des Beklagten auf die That-

sachen der Klagen untergeschoben, und dadurch den ursprünglichen Begriff wesentlich eingeschränkt hat. Diese einschränkende Verwandlung bezweckte recht eigentlich, das Eintreten der L. C. zu erleichtern und früher herbeizuführen.

Dasselbe Bedürfniß offenbarte sich aber ferner in der Annahme, daß schon das neue R. R. selbst die L. C. rückwärts in einen früheren Zeitpunkt versetzt habe. Es ist oben gezeigt worden, daß diese Annahme mit historischen Missverständnissen in der Lehre von der Erbschaftsklage zusammenhängt (§ 264). Möge man aber auch hierüber denken wie man wolle, so beschränken sich doch ohne Zweifel die Stellen des R. R., welche man jener Annahme zum Grunde legt, allein auf die Erbschaftsklage, während bei den zahlreichen übrigen Klagen im R. R. stets nur von der L. C. als dem entscheidenden Zeitpunkt die Rede ist. Daß man nun dieses Verhältniß der Quellenzeugnisse so allgemein übersah oder ignorirte, und den Aussprüchen über die Erbrechtsklage eine allgemeine Bedeutung, im Widerspruch mit so vielen anderen Aussprüchen einräumte, erklärt sich lediglich aus dem richtigen Gefühl des oben erwähnten Bedürfnisses, dem man nur nicht auf dem richtigen Wege, sondern auf unkritische Weise, Befriedigung zu verschaffen suchte.

Ich will es nunmehr versuchen, eine Übersicht zu geben über den Stand der sehr auseinandergehenden Meinungen über die hier behandelte Frage.

Einige nehmen als Regel an, daß das ursprüngliche Princip des R. R. noch jetzt gelte, daß also die materiellen Wirkungen stets auf den Zeitpunkt der L. C. zurückzuführen

seyen, wenngleich sie mitunter einzelne Ausnahmen gestatten wollen (b).

Andere behaupten eine gänzliche Umwandlung jenes Princips, indem an die Stelle der L. C. im heutigen Recht als Grund und Anfang wichtiger materieller Wirkungen, die Insinuation der Klage an den Beklagten getreten sey (c). Auch in dieser Meinung kommen einzelne untergeordnete Modificationen vor.

Noch Andere endlich, und zwar in neuerer Zeit die Meisten, wollen weder das erste noch das zweite Princip gelten lassen, indem sie annehmen, daß für jede einzelne materielle Wirkung der Anfangspunkt besonders untersucht und festgestellt werden müsse (d).

Ich erkläre mich aus den schon entwickelten Gründen, in offener Anerkennung des neu eingetretenen unabweislichen Bedürfnisses, für die zweite Meinung, und nehme daher die Insinuation der Klage als das heutige Surrogat der Römischen L. C. an, so daß von der Insinuation an alle materielle Wirkungen eintreten müssen, welche das R. R. an die L. C. knüpft. Hierin liegt das einzige durchgreifende Mittel, den Anspruch des Klägers auf die schützenden Vorschriften, welche das R. R. an die L. C. knüpft, gegen die

(b) Glück B. 6 S. 205, Hofacker § 1020. 4385, Thibaut § 709 ed. 8, Mühlenbruch § 144. 372 ed. 4.

(c) Hommel rhaps. Obs. 234, Sintenis Erläuterungen des Civilprozesses § 12. 15. 16, Kierulff S. 280—284.

(d) Wingler p. 355—365, Martin Prozeß § 152. 156, Linde § 200. 206, Bayer S. 229—234, S. 248—250, Hefftter § 348. 350 ed. 2., Wächter H. 3 S. 86—119.

verzögernde Willkühr des Beklagten zu ſichern, für welchen Zweck außerdem der heutige gemeine Prozeß keine ausreichende Hülfe gewährt. Auch hat die Praxis der meiſten Gerichte dieſe wichtige Veränderung, wenigſtens in den wichtigſten und häufigſten Anwendungen, längſt anerkannt.

Für das aufgeſtellte Princip ſind aber noch folgende nähere Beſtimmungen nöthig.

Bei manchen einzelnen Wirkungen iſt von einigen Schriftſtellern noch ein Unterſchied gemacht worden zwiſchen der Einreichung und der Inſinuation der Klage, um durch das Zurückgehen auf jene einen noch früheren Anfangspunkt der materiellen Wirkungen zum Vortheil des Klägers zu gewinnen; dies iſt insbeſondere für die Unterbrechung der Klagverjährung behauptet worden, da außerdem in der Zwiſchenzeit die Verjährung ablaufen könnte. Dieſe Behauptung hat keinen Anhalt in unſren Rechtsquellen, und iſt ſchon als kleinlich zu verwerfen. Beſonders aber widerſpricht ſie gänzlich dem Princip, nach welchem es weſentlich darauf ankommt, daß in dem Beklagten ein Bewußtſeyn des erhobenen Rechtsſtreits entſtanden ſeyn müſſe. Wo in der That ein ſolcher Verluſt eintritt, wird es nicht leicht ohne Nachläſſigkeit des Klägers geſchehen, und wo dieſe gar nicht vorhanden iſt, wird durch Reſtitution geholfen werden können (e). Man könnte ſogar in der ängſtlichen Vorſorge noch weiter gehen, und zwiſchen der Abſendung der Klagſchrift und deren Empfang von Seiten

(e) Etwa ſo, wie gegen die ſchuldlos verſäumte damni infecti stipulatio Reſtitution gegeben wird. *L.* 9 *pr. de damno inf.* (39. 2).

des Richters unterscheiden, indem ja auch noch in dieser Zwischenzeit ein Ablauf der Verjährung denkbar ist.

Es ist ferner behauptet worden, wenn man auch die Insinuation als heutiges Surrogat der L. C. im Allgemeinen anerkennen wollte, so müßte doch noch die beschränkende Bedingung hinzugefügt werden, daß es in Folge derselben auch wirklich zu einem Rechtsstreit gekommen sey, indem außerdem weder eine lis noch eine contestatio (Kriegsbefestigung) angenommen werden könne; ohne das Daseyn einer solchen aber sey für die materiellen Wirkungen kein rechtfertigender Grund vorhanden. — Obgleich diese Behauptung vielen Schein hat, so muß ich doch das practische Bedürfniß für die erwähnte Einschränkung verneinen. Erwägt man nämlich die verschiedenen Gründe, welche die wirkliche Entstehung des Rechtsstreits verhindern können, so liegt in denselben kein Bedürfniß, durch jenes Mittel einen ungerechten Nachtheil von dem Beklagten abzuwenden, welches doch eigentlich der Sinn jener Behauptung ist. — Der Grund kann zuerst darin liegen, daß der Beklagte gar keinen Streit führen will, indem er den Anspruch des Klägers einräumt; dann ist von Wirkungen der L. C. ohnehin nicht die Rede. — Oder der Rechtsstreit wird deswegen nicht erfolgen, weil die Klage vor einem incompetenten Richter, oder gegen einen unrichtigen Beklagten angestellt ist. Auch dann kann von Wirkungen der L. C. nicht die Rede seyn, indem dieser irrige Versuch eines Rechtsstreits mit dem vielleicht nachher folgenden wahren Rechtsstreit keinen Zusammenhang hat (f).

(f) So bewirkt z. B. die Anstellung der Klage eine Unterbrechung der

§. 279.

Stellung der Litis Contestation und ihre Folgen im heutigen Recht. (Fortsetzung.)

Nachdem nunmehr das Princip für das heutige Recht aufgestellt worden ist, sind die einzelnen Anwendungen desselben, mit Rücksicht auf die Meinungen neuerer Schriftsteller, durchzugehen. Ich werde dabei die Ordnung befolgen, nach welcher in der gegenwärtigen Abhandlung die materiellen Wirkungen der L. C. zusammen gestellt worden sind. Dabei muß noch die Bemerkung vorausgeschickt werden, daß zwei dieser Wirkungen durch ihr häufiges Vorkommen, so wie durch ihre practische Wichtigkeit, vor allen anderen sich auszeichnen. Ich meine die Unterbrechung der Klagverjährung, und die omnis causa, d. h. die Vergütung der Vortheile, die dem Kläger durch die Dauer des Rechtsstreits entzogen worden sind, insbesondere Früchte und Zinsen. Bei diesen Punkten hat sich denn auch vorzugsweise eine feste Praxis der Gerichte ausgebildet.

1. Der Quasicontract in der L. C., d. h. die in der Römischen L. C. enthaltene contractähnliche Obligation (§ 258).

Darin liegt nicht sowohl eine einzelne practische Folge, als vielmehr die Grundlage und der zusammenfassende Ausdruck für die einzelnen Folgen, welche nun der Reihe nach aufgeführt werden sollen. Daher hat sich auch dafür,

Klagverjährung nur zwischen diesem bestimmten Kläger und Beklagten. S. o. B. 5 S. 320.

wegen der abſtracten oder theoretiſchen Natur dieſer Wirkung, eine Praxis der Gerichte nicht eigentlich ausbilden können.

Dagegen iſt ſie vorzugsweiſe dazu geeignet, den wahren Sinn der hier behaupteten Neuerung, im Gegenſatz der ihr widerſprechenden Behauptung, zur Anſchauung zu bringen.

Die Meinung geht nämlich dahin, daß im heutigen gemeinen Prozeß der Quaſicontract mit allen ſeinen Folgen zu Stande kommt im Augenblick der Inſinuation der Klage.

Die entgegen geſetzte Behauptung, welche das R. R. aufrecht zu erhalten vorgiebt, dieſes aber nur ſcheinbar und dem Buchſtaben nach thut, geht dahin: der Quaſicontract ſey geſchloſſen in dem Augenblick, worin ſich der Beklagte zuerſt auf den thatſächlichen Inhalt der Klage erklärt. Ein innerer Grund dieſer Verbindung des Quaſicontracts mit der thatſächlichen Erklärung des Beklagten iſt nicht vorhanden, wird auch in der That von Keinem behauptet. Jene Verbindung iſt vielmehr die blos zufällige Folge des Umſtandes, daß das R. R. den Quaſicontract an die L. C. knüpfte (die damals etwas Anderes bedeutete), und daß man ſich vom Mittelalter her allmälig gewöhnt hat, den Römiſchen Namen litis contestatio für die Erklärung des Beklagten über die Thatſachen zu gebrauchen.

2. Unterbrechung der Klagverjährung (§ 261. No. I.).

Dieſes war eine der wichtigſten Wirkungen der L. C., ſie ſteht aber mit ihr nicht mehr in Verbindung, ſeitdem das neuere R. R. dieſe Wirkung an den früheren Zeitpunkt der Inſinuation ausdrücklich angeknüpft hat (§ 242. 243).

In dieſem einzelnen Fall alſo hat ſchon das R. R. die wichtige Umwandlung wirklich vollzogen, die hier dem heutigen Recht auch für alle übrigen Fälle zugeſchrieben wird.

Der richtigeren Meinung nach iſt mit dieſer Unterbrechung der bisher laufenden Klagverjährung (die oft eine ſehr kurze iſt) ſtets auch die Begründung einer neuen Klagverjährung, und zwar nun von Vierzig Jahren, verbunden. Manche wollen ohne Grund dieſe beide Wirkungen von einander trennen, und an verſchiedene Zeitpunkte des Prozeſſes knüpfen; ſie nennen dann die Begründung der vierzigjährigen Verjährung die Perpetuation der Klage (a).

3. Entkräftung der Uſucapion (§ 261. No. II.).

Manche behaupten eine wirkliche Unterbrechung der Uſucapion, und wenden dann die Unterbrechung der Klagverjährung, mit dem Zeitpunkt derſelben, unmittelbar auf die Uſucapion an. Dieſe Meinung iſt oben widerlegt worden.

Dagegen iſt es richtig, daß der Beklagte die Verpflichtung hat, wenn während des Rechtsſtreits die Uſucapion abläuft, die Folgen derſelben dadurch auszutilgen, daß er das ſo erworbene Eigenthum zurück auf den Kläger überträgt. Dieſe Verpflichtung iſt eine einzelne Folge des Quaſicontracts, entſteht alſo mit dieſem im Augenblick der Inſinuation.

4. Übergang der nicht vererblichen Klagen auf die Erben des Beklagten (§ 262. IV.) (b).

(a) S. o. B. 5 S. 323.
(b) nicht auch auf die Erben des Klägers (§ 264. a).

Hier behaupten die Meiſten, daß noch jetzt die L. C. als Anfang des Übergangs feſtgehalten werden müſſe (c). Gerade hier aber iſt die practiſche Unhaltbarkeit dieſer Anſicht recht augenſcheinlich. Wenn Jemand durch ein Delict zur Entſchädigung verpflichtet iſt, ſo ſoll die hierauf gerichtete Pönalklage nur mit großen Beſchränkungen auf die Erben des Beklagten übergehen (§ 211); dagegen läßt das R. R., von der L. C. an, den Uebergang unbedingt zu. Es iſt aber wohl einleuchtend, daß es einem ſolchen Beklagten am wenigſten zukommen darf, durch abſichtliche Verzögerung der L. C. den Übergang auf die Erben zu vereiteln. — Auch liegt der Grund, der hier eine ſo vielſtimmige Vertheidigung des alten Rechtsſatzes veranlaßt, nicht etwa in einem inneren Bedürfniß dieſes beſonderen Falles, welches von keinem behauptet wird; er liegt vielmehr nur darin, daß viele Stellen des R. R. die L. C. als Zeitpunkt des Übergangs anerkennen. Dieſes nun ſoll gewiß nicht bezweifelt werden, aber es iſt in dieſem Fall nicht mehr wahr, als in manchen anderen Anwendungen, worin doch jene Vertheidiger ſelbſt (ohne gehörige Conſequenz) die L. C. Preis geben.

Einige Schriftſteller dagegen behaupten gerade für dieſen Fall den Übergang von der Zeit der Inſinuation an, jedoch aus einem irrigen Grunde (d). Ein Reichs-

(c) Carpzov jurispr. for. P. 4 Const. 46 Def. 6. — Winckler p. 357. — Pufendorf obs. IV. 94. — Glück B. 6 S. 205. — Martin Prozeß § 156. — Linde Prozeß § 206. — Bayer Civilprozeß S. 248. — Wächter H. 3 S. 112—114.

(d) Francke Beiträge S. 43. — Sintenis Erläuterungen S. 148; dieſer will ſogar auf die Zeit der Einreichung der Klage zurückgehen.

gesetz verordnet nämlich für den Fall des Landfriedensbruchs ausdrücklich, daß die Strafe auch gegen die Erben des Thäters gehen soll, selbst wenn er vor der L. C. stirbt (e). Dieses ist aber so wenig Ausdruck einer allgemeinen Regel für alle Klagen überhaupt, wofür es doch von jenen Schriftstellern ausgegeben wird, daß es vielmehr als ein Zeugniß in entgegengesetzter Richtung angesehen werden könnte, da es offenbar die Absicht des Gesetzes ist, jenes Verbrechen mit besonderer Strenge zu behandeln.

Nach der Praxis des Oberappellationsgerichts zu Lübeck tritt der Übergang auf die Erben mit der Insinuation ein.

5. Entstehung des Rechts des Klägers erst während des Rechtsstreits (§ 262. N. V.).

Wenn der Kläger eine Eigenthumsklage anstellt, ohne Eigenthum zu haben, dieses aber nach der L. C. erwirbt, so soll er in diesem Prozeß nicht gewinnen können, sondern genöthigt seyn eine neue Klage anzustellen.

Daß auch hier die Insinuation an die Stelle der L. C. gesetzt werde, ist zwar nicht sehr wichtig, folgt aber aus dem Princip. Auch ist es in diesem früheren Stadium des Prozesses für den Kläger noch weniger als später lästig, die erste Klage fallen zu lassen, und eine neue anzustellen. Dagegen kann es, wie oben bemerkt worden ist, den Beklagten ohne Grund gefährden, wenn dieser in Voraussetzung des früheren Rechtszustandes seine Vertheidigung einrichtet, ohne die eingetretene neue Thatsache zu kennen und zu berücksichtigen.

(e) K. G. O. 1555 Th. 2 Tit. 9 § 6.

6. Entſtehung der Mora und der *mala fides* (§ 264).

Die von vielen aufgeſtellte Behauptung, welche jene Momente an die L. C. anknüpft, iſt im Princip ohnehin zu verwerfen, wie ſchon oben gezeigt worden iſt. Was aber dabei an relativer Wahrheit etwa zugegeben werden kann, daß nämlich oft, nach den Umſtänden des einzelnen Falles, einzelne Momente des Prozeſſes den Richter zur Annahme einer Mora beſtimmen können (§ 264. g), — dieſes iſt von der Inſinuation eben ſo wahr als von der L. C.

7. *Omnis causa*, insbeſondere Früchte und Zinſen, mit Einſchluß der verſäumten Früchte (§ 265 — 271).

Dieſe Wirkung iſt geradezu die wichtigſte unter allen. Wir müſſen ſie an die Inſinuation knüpfen, in Anwendung des allgemeinen Princips, deſſen practiſche Wahrheit gerade bei dieſer Anwendung recht anſchaulich wird. Der Beklagte wird hier zu gewiſſen Leiſtungen verpflichtet, und ſelbſt mit einer beſonderen Strenge verpflichtet, weil er ſich eventuell als den Verwalter fremder Vermögensſtücke anzuſehen hat. Dieſes Bewußtſeyn können wir ihm mit gutem Grunde zuſchreiben, ſobald er durch die Inſinuation von dem Rechtsſtreit Kenntniß erhält. Es iſt aber durchaus kein innerer Grund vorhanden, den Anfang dieſes Bewußtſeyns gerade in den Zeitpunkt zu ſetzen, in welchem er ſich über die thatſächlichen Behauptungen der Klage erklärt.

Hierin ſind die Meinungen getheilt. Einige halten feſt

an der L. C. (f). Die Meiſten dagegen nehmen bei dieſem wichtigſten Punkte ganz richtig die Inſinuation als Anfang jener Verpflichtung an (g), aber freilich indem ſie großentheils dieſer ihrer Behauptung einen nicht haltbaren Grund unterlegen. Sie berufen ſich dabei auf mehrere Ausſprüche des R. R. über die Erbrechtsklage, indem ſie den beſonderen hiſtoriſchen Zuſammenhang dieſer Ausſprüche unbeachtet laſſen, und zugleich den Inhalt derſelben generaliſiren, dabei aber die zahlreichen Stellen des R. R. unbeachtet laſſen, die für ſo viele andere Klagen entgegengeſetzte Beſtimmungen enthalten. Der Grund dieſes unkritiſchen Verfahrens liegt in einer allgemeinen Anſicht, die für die ganze Auffaſſung unſres Gegenſtandes ſo wichtig iſt, daß ich dabei noch etwas verweilen muß.

Man geht davon aus, das ältere R. R. habe die L. C. an die Spitze des ganzen Rechtsſtreits geſtellt, und als Anfangspunkt wichtiger materieller Wirkungen behandelt; es gehöre aber zu einem an ſich vollkommneren Zuſtand des Prozeßrechts, daß dieſe wichtige Stelle vielmehr der Vorladung des Beklagten eingeräumt werde. Dieſes habe Hadrian wohl erkannt, und daher ſey in dem Sc. Juven-

(f) Linde Prozeß § 206. Bei ihm ſcheint mir dieſe Behauptung beſonders inconſequent, da er doch im § 200 die Mora und die mala fides mit der Inſinuation anfangen läßt.

(g) Winckler p. 365 (nach der Praxis der meiſten Gerichte). — Kind quaest. for. T. 3 C. 88, T. 4 C. 46. — Martin § 152. — Bayer S. 233. — Kierulff S. 278 in Verbindung mit S. 281. — Wächter H. 3 S. 105 — 110. Mit dieſer richtigen Meinung ſtimmt überein die Praxis des O. A. G. zu Lübeck, welches von der Inſinuation an Zinſen zuerkennt. Eben ſo die Praxis des Reviſionshofs zu Berlin, ſo wie die der Juriſtenfacultät zu Berlin (§ 271. u. v. w).

tianum bei der Erbrechtsklage der große Fortschritt gemacht worden, nicht mehr bei der L. C. stehen zu bleiben, sondern jene Wirkungen in einem früheren Zeitpunkt eintreten zu lassen. Es liege nur an der einsichtslosen Justinianischen Compilation, wenn dieser Gedanke nicht rein und allgemein durchgeführt erscheine, sondern Altes und Neues unverbunden neben einander liege. Wir aber handelten ganz im Sinn der Entwicklung des R. R., wenn wir jene Durchführung noch jetzt vornähmen, den Gedanken Hadrians generalisirten, und Alles von der Vorladung abhängig machten (h).

Diese Auffassung muß ich für durchaus verwerflich erklären. Ob es überhaupt besser ist, die Vorladung oder die L. C. an die Spitze zu stellen und als entscheidenden Punkt zu behandeln, läßt sich im Allgemeinen nicht sagen; es hängt von der Einrichtung des ganzen Prozeßverfahrens ab. So lange der alte ordo judiciorum in seiner Reinheit und Vollständigkeit bestand (wie ganz gewiß in Hadrians Zeit), war die alte Stellung der L. C. dem Zweck des Prozesses völlig entsprechend, also durchaus gut und keiner Veränderung bedürftig. Hadrians Neuerungen hierin sind auch gar nicht aus der Absicht einer Vervollkommnung des Prozeßrechts im Allgemeinen entsprungen, sondern lediglich aus den ganz eigenthümlichen Bedürfnissen der Erbrechtsklage. Hätte er die ihm untergeschobene Absicht eines Fortschritts

(h) Mehr oder weniger liegt der im Text entwickelte und bekämpfte Gedanke bei den Meisten stillschweigend zum Grunde. Am vollständigsten ausgebildet findet er sich bei Kierulff S. 280 bis 284.

im Prozeßrecht gehabt, ſo wäre es doch wunderbar, daß die großen Juriſten einer weit ſpäteren Zeit, daß Papinian und Ulpian nicht hinter das Geheimniß jenes Gedankens gekommen ſeyn ſollten; daß ſie ſtets von der L. C. als dem entſcheidenden Zeitpunkt ſprechen, anſtatt die Vorladung allgemein an deren Stelle zu ſetzen.

8. Vergütung des Untergangs und der Beſchädigung der Sache, wenn dieſe während des Rechtsſtreits durch Dolus oder Culpa des Beklagten erfolgt (§ 272).

9. Vergütung des zufälligen Untergangs in demſelben Zeitraum, wenn der Beklagte ein unredlicher Beſitzer iſt (§ 273).

Dieſe beide Folgen ſtehen, eben ſo wie die Verpflichtung für die Früchte, in unmittelbarem Zuſammenhang mit dem Quaſicontract, und müſſen alſo, genau ſo wie dieſer, von der L. C. auf die Zeit der Inſinuation übertragen werden.

Ich faſſe dieſe Unterſuchung über den Zuſtand des heutigen Rechts kurz zuſammen. Das R. R. knüpft die wichtigſten materiellen Wirkungen an den Eintritt der L. C. Durch die ſehr veränderte Lage des Prozeſſes ſind wir genöthigt, dieſen Grundſatz dem Buchſtaben nach zu verlaſſen, und nur dem Sinn und Zweck nach feſt zu halten, indem wir den Anfang jener Wirkungen von der L. C. auf die Inſinuation übertragen.

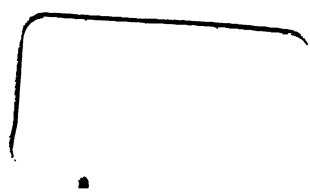
Wenn ich neben dieſer Überzeugung den Namen der L. C. überall beibehalten, und ſelbſt an die Spitze der

gegenwärtigen Abhandlung gestellt habe, so ist Dieses mit Absicht geschehen. Es ist geschehen, weil es dazu dient, den Schatz juristischer Einsicht, der uns in den Quellen des R. R. auch für diese Lehre aufbewahrt ist, zugänglicher zu erhalten, und weil uns zugleich der Zusammenhang mit der gesammten juristischen Literatur, vom Mittelalter bis auf unsre Zeit, gestört wird, wenn wir jene Bezeichnung aufgeben.

Gemeint aber ist in dieser ganzen Untersuchung der materielle Einfluß der Dauer des Rechtsstreits auf das streitige Rechtsverhältniß. Wenn dabei die L. C. von den Römern als entscheidendes Moment bezeichnet wurde, so geschah es nicht, als ob man ihr eine besondere, geheimnißvolle Kraft hätte beilegen wollen. Es geschah, weil sie dazu geeignet war, den genauen Anfangspunkt des Rechtsstreits zu bezeichnen, und so in ihr den Rechtsstreit gleichsam zu personificiren. Wir aber haben wichtige Gründe, hierin die Insinuation an ihre Stelle treten zu lassen.

Eine Bestätigung der hier entwickelten, großentheils auch von neueren Schriftstellern anerkannten, Meinung über das wahre Bedürfniß des heutigen Rechts, finde ich in dem Wege, den die Preußische Gesetzgebung eingeschlagen hat. Bei der Feststellung derselben kam es zur Sprache, mit welchem Zeitpunkt die eigenthümlichen Prozeßverpflichtungen anfangen sollten, die daselbst mit dem Namen des unredlichen Besitzes bezeichnet werden (§ 264). An die L. C., wie sie die neueren Romanisten annahmen, d. h. an

die Zeit der eingereichten Exceptionsſchrift, konnte man nicht denken, weil man den ſchriftlichen Prozeß des neueren gemeinen Rechts verlaſſen hatte (i). Daher wurde zuerſt vorgeſchlagen, die Verkündigung des Urtheils als Zeitpunkt anzunehmen; es wurde aber dieſer Vorſchlag verworfen, und die Inſinuation der Klage als Zeitpunkt angenommen (§ 264. z). Und ſo findet ſich hier, neben einer ſehr verſchiedenen Auffaſſung und Ausdrucksweiſe, dennoch ein hoher Grad innerer Übereinſtimmung, hervorgegangen aus dem richtigen Gefühl des wahren practiſchen Bedürfniſſes.

(i) Hätte man ſich ganz an den wahren Sinn des R. R. anſchließen wollen, ſo fand man in dem status causae et controversiae des Preußiſchen Prozeſſes einen richtigen Vergleichungspunkt (§ 259. o). Allein jener wahre Sinn war damals auch unter den Romaniſten faſt ganz vergeſſen, und ſo kam der hier erwähnte Zeitpunkt nicht einmal in Frage. Auch iſt gar nicht meine Meinung es zu tadeln, daß dieſer Zeitpunkt nicht gewählt wurde; denn allerdings wäre derſelbe nicht auf alle Arten des Prozeſſes anwendbar geweſen, wie es die Inſinuation in der That iſt. — Faſt möchte man aber glauben, Suarez habe angenommen, die L. C. ſey im R. R. mit der Inſinuation identiſch. Denn er ſagt in Kamptz Jahrb. B. 41 S. 8. 9: „daß das R. R... mit dem Tage, da der Possessor b. F. per litis contestationem in malam fidem verſetzt worden;" und gleich nachher: „Nach der Römiſchen Theorie hängt es blos vom Zufall ab, zu welcher Zeit der Beſitzer durch Inſinuirung der Citation in malam Fidem verſetzt wird." Die Stellen ſind richtig abgedruckt, ſie ſtehen Vol. 88 f. 47 der Materialien, und ſind in der Zeit des letzten Abſchluſſes der Geſetzgebung niedergeſchrieben.

Gedruckt in der Deckerſchen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei.